FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le *1920 à* *heures.*

PAR

Paul GUIBAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS
DOCTEUR EN DROIT JURIDIQUE
LICENCIÉ ÈS SCIENCES
DÉCORÉ DE LA CROIX DE GUERRE

Président : M. VALÉRY, *professeur*

Suffragants : MM. MORIN, *professeur*
DONNEDIEU DE VABRES, *professeur*

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1920

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547009_0059

LA FEMME MARIÉE

COMMERÇANTE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. CHARMONT, professeur de Droit civil.
CHAUSSE, professeur de Droit romain.
VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
MOYE, professeur de Droit international public.
MORIN, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel (suppléé).
ROCHE-AGUSSOL, chargé de cours d'Economie politique.
DE NESMES-DESMARETS, chargé de cours (Droit constitutionnel).
PETOT, chargé de cours Droit romain.
VIGIÉ, BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE, professeur honoraire.
ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. VALÉRY, *Président.*
MORIN
DONNEDIEU DE VABRES } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le *1920 à* *heures.*

PAR

Paul GUIBAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS
DOCTEUR EN DROIT JURIDIQUE
LICENCIÉ ÈS SCIENCES
DÉCORÉ DE LA CROIX DE GUERRE

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Président : M. VALÉRY, *professeur*

Suffragants : MM. MORIN, *professeur*
DONNEDIEU DE VABRES, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1920

A LA MÉMOIRE

DE MES CAMARADES DU 81e RÉGIMENT D'INFANTERIE

Morts pour la France

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

A MA TANTE, Madame GASTON GUIBAL

A MA GOUVERNANTE, Madame LÉA SALINDRES

Hommage ému et de profonde affection.

ABRÉVIATIONS

Ann. dr. com. . .	Annales de droit commercial français et étranger.
Art.	Article.
Baudry et Hourques.	Baudry-Lacantinerie et Hourques-Fourcade. Des Personnes.
Baudry et Wahl. .	Baudry-Lacantinerie et Wahl. Le Louage, la société, les contrats aléatoires.
Baudry et Surville.	Baudry-Lacantinerie et Le Courtois et Surville. Le contrat de mariage.
Bravard	Bravard-Veyrières et Demangeat. Manuel de droit commercial.
B. S. E. L. . . .	Bulletin de la Société d'études législatives.
Civ.	Cour de Cassation. Chambre civile.
Crim.	Cour de Cassation. Chambre criminelle
C. Civ.	Code civil.
C. Com.	Code de commerce.
C. pr. civ. . . .	Code de procédure civile.
C. pén.	Code pénal.
C.-à-d.	C'est-à-dire.
Cons. Et. . . .	Conseil Etat.
D.	Dalloz, Jurisprudence générale.
D. P.	Débats parlementaires.
Delamarre. . . .	Delamarre et Lepoitvin. Traité de droit commercial.
Demante	Demante et Colmet de Santerre. Cours de droit civil.
Gaz. Pal. . . .	Gazette du Palais.
Gaz. trib. . . .	Gazette des tribunaux.
J. fail.	Journal des faillites.
J. Juris. Marseille.	Journal de Jurisprudence commerciale et maritime Marseille.
J. O.	Journal officiel.
J. S.	Journal des Sociétés.
J. T. C.	Journal des tribunaux de commune.
L.-C. et R. . . .	Lyon-Caen et Renault.
P.	Pandectes françaises.
Rev. crit. . . .	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. trim . . .	Revue trimestrielle de droit civil.
Req.	Cour de cassation. Chambre des requêtes.
S.	Recueil général des lois et arrêts fondé par J.-B. Sirey.

Lorsqu'un auteur est cité et que son nom ne figure qu'une seule fois dans la bibliographie, nous avons jugé inutile de faire suivre ce nom de la mention *op. cit.*

AVANT-PROPOS

C'est devenu un lieu commun que de constater l'amélioration graduelle de la situation juridique de la femme et l'évolution de plus en plus marquée qui se produit vers l'égalité complète des deux sexes. Autrefois assimilée plus ou moins à un esclave, ne sortant de la puissance du père que pour tomber sous celle du mari et même sous celle du fils au cas de veuvage, la femme a peu à peu conquis sa liberté. Actuellement, lorsqu'elle n'est pas mariée, elle a l'entière jouissance des droits civils; seuls, les droits politiques constituent encore, dans notre pays, un privilège masculin, mais cette dernière étape, déjà franchie dans un certain nombre de pays étrangers, va l'être sûrement en France sous la législature actuelle.

Par contre, la puissance maritale subsiste, presque inchangée depuis le XIII^e^ siècle. Les violentes attaques de Condorcet n'ont pu la faire disparaître et c'est en vain que, au XIX^e^ siècle, tous les auteurs « féministes » ont demandé avec M. Viviani (1) : « la suppression de cette vieille maison

1. Congrès de la condition et les droits des femmes tenu à Paris en 1900.

ingrate et inhospitalière où tous les privilèges sont à un seul, où un seul être délibère, discute, commande et a tous les droits » pour y substituer : « une maison vaste, spacieuse et souriante où la famille de demain aura son abri, où la mère, vis-à-vis de l'enfant, sera l'égale du père, où ces deux êtres tiendront leurs droits égaux de la conscience et de la raison, famille idéale, image rétrécie et exacte de cette société de demain où tous les êtres auront une part égale de soleil, de bonheur et de pain ».

Toutefois, de tout temps, dans notre pays, cette puissance maritale a subi une sorte d'amoindrissement lorsque la femme a été marchande publique. Déjà, nos plus anciennes coutumes lui reconnaissent dans ce cas des pouvoirs spéciaux : soumise à la puissance maritale pour tous les actes de la vie civile, la femme mariée commerçante possède une très grande liberté dès qu'elle agit pour les besoins de son négoce. Hors de l'autorisation nécessaire pour habiliter sa femme et de la révocation de cette autorisation, le mari ne peut intervenir dans le commerce de son épouse. Celle-ci a les mêmes droits qu'un autre commerçant et est soumise aux mêmes obligations.

Cette législation spéciale ne paraît pas avoir profité à un nombre considérable de femmes. Jusqu'à la promulgation du code de commerce et même longtemps après, il ne semble pas que les femmes mariées commerçantes aient été très nombreuses. La femme mariée ne quittait guère le foyer conjugal et sauf de très rares exceptions expliquées sinon justifiées, par certaines situations sociales et mondaines, l'épouse s'occupait presque exclusivement de son ménage, de son intérieur et de ses enfants. Le mari administrait les biens qu'elle avait apportés en dot et si la fortune des époux était insuffisante ou nulle, le mari subvenait

seul, par son travail, à l'entretien du ménage. C'est à peine si, parfois, la femme restée à la maison, occupait les heures disponibles que lui laissaient ses occupations ménagères pour travailler de son côté afin d'ajouter quelque chose au salaire de son mari. Parfois aussi, lorsque ce dernier était commerçant, elle l'aidait dans son commerce mais, en agissant ainsi, elle était considérée comme la factrice de son époux et n'acquérait pas la qualité de commerçante.

Peu à peu, avec l'avènement de besoins nouveaux, avec l'augmentation de la cherté de la vie, les dépenses du ménage ont crû dans de telles proportions que, lorsque la femme n'avait pas eu de dot ou que sa dot était minime, le gain du mari est devenu insuffisant. La femme a dû alors rechercher un métier lui permettant d'apporter au foyer l'appoint indispensable pour faire face à l'augmentation des dépenses.

D'autres facteurs, du reste, sont intervenus pour pousser la femme dans cette voie. C'est d'abord le facteur sociologique qui dissout les groupements sociaux, non pour les anéantir, mais pour les établir sur d'autres bases que l'on représente, à tort ou à raison, comme plus justes et plus rationnelles. La famille n'a pas échappé à cette loi. La femme, subissant l'influence des théoriciens féministes, a voulu obtenir une situation plus indépendante, elle a cherché à diminuer la puissance maritale, et elle a cru obtenir ce résultat en fournissant un travail personnel, lui permettant d'échapper à l'autorité despotique du mari, seul détenteur des fonds conjugaux. C'est aussi le facteur idéologique qui a amené la femme à comprendre qu'elle était l'égale de l'homme et que, par conséquent, rien ne pouvait justifier l'existence d'une prétendue infériorité intellectuelle.

Enfin, l'évolution et la prospérité de l'industrie, l'apparition de l'usine avec son travail à heure fixe, mais loin du foyer, et avec son salaire certain, ont contribué à faciliter à la femme, déjà à la recherche de ressources pécuniaires propres, l'affranchissement qu'elle rêvait. Or, par suite des progrès de la machinerie, le mode de production de la fabrique a permis l'emploi d'ouvriers ayant moins de vigueur physique. Le travail féminin a été accepté et même sollicité dans des proportions inconnues jusqu'alors.

Mais beaucoup de femmes n'ont pas accepté cette sujétion de tous les instants qu'exige le travail à l'usine. Plus instruites que les autres ou ayant à leur disposition un petit capital, elles ont préféré une situation qui, tout en leur permettant d'échapper, dans une certaine mesure, à l'autorité de leur époux, ne les amène pas à troquer cette autorité contre celle d'un patron. Or, parmi les professions qui sont ouvertes à la femme, nulle n'est plus appropriée à sa capacité physique et à ses facultés morales et intellectuelles que le commerce qui, se tenant souvent au domicile des époux, lui permet de continuer à s'occuper de ses enfants et du foyer familial. Petites mercières, petites épicières, petites couturières, etc., leur nombre était déjà considérable avant la guerre de 1914. Parfois même, mises au courant des affaires, ayant, par leur patience, leur travail, leur intelligence augmenté leur exploitation commerciale ou industrielle, elles se trouvaient à la tête d'une maison très importante dans laquelle, par un juste retour des choses, le mari ne figurait souvent que comme employé salarié.

Ce mouvement vers les professions commerciales avait, vers la fin du XIX^e^ siècle, commencé à s'étendre à la petite bourgeoisie. Par suite de l'augmentation des besoins se

produisant en même temps que l'abaissement du taux de l'intérêt et que l'élevation des impôts, cette classe de la société recherchait de plus en plus pour ses filles ou pour ses femmes une situation leur permettant de subvenir à leurs besoins. Or, les carrières libérales leur paraissaient trop pénibles à atteindre et trop encombrées, l'usine les repoussait, il ne leur restait que la ressource d'un petit commerce plus accessible que les professions libérales et plus considéré que les professions ouvrières.

Tout semble faire prévoir que la guerre de 1914 va développer et élargir ce mouvement. Cette guerre a, en effet, provoqué une hausse considérable du coût de la vie. Désormais, non seulement la petite bourgeoisie mais la bourgeoisie moyenne et, peut-être, la bourgeoisie riche, se trouvent dans l'obligation, si elles veulent conserver le même train de vie sans courir à la ruine, de faire travailler tous leurs membres sans distinction de sexe. Or, les carrières libérales étant aussi et même plus encombrées qu'auparavant, le commerce et l'industrie constituent les seules voies ouvertes et il est probable que beaucoup de femmes se dirigeront de ce côté.

De plus, pendant la période 1914-1918, on a beaucoup fait appel au travail féminin. Par nécessité ou par devoir patriotique, beaucoup de femmes qui, auparavant, n'exerçaient aucune profession, ont répondu à cet appel ; elles ont goûté ainsi à l'indépendance et à la liberté ; certaines ont même amassé un petit pécule. Croit-on que, la guerre terminée, elles vont rentrer, de gaieté de cœur au foyer paternel ou conjugal ?

Enfin, avant la guerre, la femme n'était le plus souvent que la collaboratrice de son mari lorsque celui-ci était commerçant. Pendant la longue durée des hostilités, rempla-

çant le mari qui était au front, elle a pris en main la direction de l'entreprise. Lorsque, la paix signée, le mari, heureusement préservé, est rentré chez lui, il y a trouvé une femme qui a dirigé la maison de commerce pendant quatre années particulièrement difficiles. Elle est plus au courant que lui, de sorte que, très souvent, le mari aura laissé sa femme à la tête du commerce pour chercher pour lui-même une autre situation dont le salaire augmentera les ressources du ménage. La femme acquerra alors la qualité de commerçante puisqu'elle cessera d'être la préposée de son mari.

Il y a donc de grandes probabilités pour que le nombre des femmes mariées commerçantes s'accroisse considérablement au cours des deux ou trois années qui vont suivre la signature de la paix. Une étude de leur condition juridique présente donc un important intérêt, d'autant plus que les ouvrages antérieurs à celui-ci, qui se sont occupés de la même question, ont passé sous silence un certain nombre de points particuliers. C'est ainsi que, à notre connaissance, la faillite de la femme mariée n'a été l'objet d'aucun travail d'ensemble. Ce n'est qu'incidemment que certains auteurs ont fait allusion à la situation spéciale dans ce cas de la femme mariée, soit en étudiant la faillite du commerçant, soit en examinant la capacité de la femme mariée commerçante, soit enfin en s'occupant de la répercussion de la loi du 13 juillet 1907 sur la situation de cette dernière. La jurisprudence, du reste, est pauvre, pour ne pas dire inexistante, ce qui prouve que, jusqu'à maintenant, la pratique n'a eu que rarement à s'occuper des problèmes soulevés par la faillite de la femme mariée commerçante. Or, cette abstention ne pourra durer à l'avenir, car, malheureusement pour elles, toutes les femmes commerçantes ne

feront pas d'excellentes affaires et un certain nombre d'entre elles devront déposer leur bilan. En présence de l'accroissement du nombre des femmes mariées commerçantes, il est donc à présumer qu'il y aura un accroissement corrélatif du nombre de leurs faillites et, par conséquent, une augmentation du nombre des litiges qui seront portés à cette occasion devant les tribunaux.

Dans notre étude nous nous sommes systématiquement abstenu d'examiner certaines situations. C'est ainsi que nous n'avons pas parlé de la femme qui, tout en se livrant à quelques actes isolés de commerce, n'acquerrait pas la qualité de commerçante, car une telle situation ne rentre pas dans le sujet que nous avons choisi. Pour les mêmes raisons nous n'avons parlé de la femme du commerçant que lorsque nous avons recherché ce qu'il fallait entendre par « commerce séparé » (1). Nous n'avons pas, non plus, envisagé la situation de la femme prête-nom du mari puisque, en réalité, c'est le mari seul qui est commerçant.

Nous avons aussi ignoré la femme séparée de corps qui, depuis la loi du 6 février 1893, jouit de l'entière capacité civile, ce qui, au point de vue commercial, l'assimile en tous points à la femme non mariée commerçante. Enfin nous avons laissé de côté, les cas particuliers où, la femme n'étant pas française mais habitant la France il y a lieu d'étudier les conflits de loi qui peuvent être soulevés.

En ce qui touche notre plan, nous nous sommes inspiré de ce qu'a écrit le regretté M. Thaller dans son introduction à la vie juridique du Français : « Ma conviction est que, lorsqu'on prend l'homme dans la marche successive de son existence, on arrive à la faveur des circonstances de

1. 1re Partie, chapitre I.

temps qui agissent sur lui et qui sont, en même temps, des circonstances de milieu, à se faire une idée plus claire et mieux raisonnée de la condition légale de sa personne ou de ses actes. Si l'on s'empare d'un négociant au moment où il s'établit et si on le contemple s'acheminant dans sa carrière, une série d'anneaux va coordonner ses actes, la loi des causes et des effets apparaîtra avec plus de netteté ».

C'est pourquoi, après un historique où nous avons essayé d'exposer d'une manière aussi systématique que possible, la condition de la femme mariée commerçante sous l'ancien droit, nous avons divisé notre étude en trois parties. Dans la première, sous le titre « De la création d'une maison de commerce par une femme mariée », nous avons envisagé les conditions d'habilitation suivant que la femme est seule à la tête du commerce ou qu'elle fait partie d'une société commerciale et les obligations de publicité autorisées par la loi. Dans la deuxième partie « De l'exploitation d'une maison de commerce dirigée par une femme mariée » nous avons suivi la femme dans son exploitation sans faire allusion à toutes les circonstances qui pouvaient y mettre fin, réservant cette étude pour la troisième partie « De la destruction d'une maison de commerce dirigée par une femme mariée ».

Nous nous sommes abstenu de rappeler l'économie générale des différents régimes matrimoniaux, nous contentant de faire allusion rapidement, quand c'était nécessaire, aux solutions du droit civil. Par contre, en présence de l'incertitude dans laquelle on se trouve au sujet de l'interprétation à donner à la loi du 13 juillet 1907, nous avons dû parfois entrer dans certaines discussions soulevées par cette loi et relatives aussi bien à son application particu-

lière à la femme mariée commerçante qu'à son application à toutes les femmes en général.

En résumé, le but que nous avons toujours poursuivi au cours de cet ouvrage, a été la recherche des solutions à donner aux différentes situations créées par l'exercice d'un commerce dirigé par une femme mariée française.

HISTORIQUE

De tout temps, la femme a dû se livrer à des opérations commerciales. Hérodote raconte que, dans l'ancienne Égypte, certaines professions commerciales étaient exclusivement réservées aux femmes. Aux premiers temps de Rome, quoique le commerce y fût peu développé, il y a des petits commerçants sur le Forum (1), Numa établit huit collèges d'artisans, et les textes littéraires et épigraphiques nous ont conservé le souvenir de marchés réguliers dont l'origine paraît fort ancienne (2). Il est probable que des femmes, et même des femmes mariées, devaient se trouver parmi eux. Mais rien dans la législation, ni dans les récits de cette époque qui nous sont parvenus, ne nous permet de

1. Par exemple celui chez lequel Virginius acheta le couteau avec lequel il tua sa fille.

2. Tous les 9 jours se tenaient des *nundinæ* où l'on faisait de nombreuses affaires. A certaines dates, il y avait de grandes foires *(mercatus)*. Les réunions solennelles de la ligue latine donnaient lieu tous les ans, le 13 août, à des marchés considérables au temple de Diane près du mont Aventin. Daremberg, *Dict. des antiquités grecques et romaines. Mercatura.*

dire avec quelque certitude si des règles spéciales étaient appliquées dans ce cas.

Lorsque, plus tard, à la suite de l'augmentation de la puissance et de la richesse romaines, le commerce se développa, il fut toujours considéré comme une profession peu honorable et presque exclusivement réservée aux affranchis. Les femmes ne l'exerçaient qu'occasionnellement. Qu'il y eut des femmes commerçantes, cela est certain et quelques textes du *Corpus* confirment cette opinion. Seul le commerce bancaire leur était interdit : *fœminæ remotæ videntur ab officio argentarii cum ea opera virilis sit* (1). Paul étudie le cas d'un testament fait par une femme « negociatrix » (2) *cum testatrix negociatrix fuerit. Parvi autem refert*, dit Ulpien (3), *qui exercet masculus sit an mulier*, et, dans le code, on donne une action *exercitoria* contre une femme armateur (4). Que cette femme pût être mariée rien ne s'y opposait mais, en fait, les Romains voyaient d'un très mauvais œil la femme qui se livrait au commerce, pour eux elle sortait de son rôle et la femme préposée aux *tabernæ* était assimilée aux prostituées avec lesquelles il n'y avait pas d'adultère. Il est donc impossible d'étudier d'une manière un peu précise le rôle et la capacité particulière de la femme mariée commerçante dans la société romaine.

Jusqu'au XIII[e] siècle, une pareille obscurité existe sur cette question en France. Certes, il devait y avoir beaucoup de femmes même mariées, qui faisaient du commerce. En

1. D. II, 13, 12.
2. D. XXXIV, 2, 32, 4.
3. D. XIV, 3, 7, 1.
4. C. IV, 25, 4 *et si a muliere magister novis præpositus fuerit ex contractibus ejus ea exercitoria actione similitudinem institoriæ tenetur.*

effet, par la force même des choses, la femme a dû s'approprier l'exercice de certains métiers. Mais aucun texte ne fait allusion à leur capacité. Il est probable que ce silence est surtout dû à ce fait que le commerce était encore peu important. Les échanges ne se faisaient que dans les villes et ils ne portaient que sur des objets d'usage courant et de peu de valeur, de plus, les femmes ne faisaient partie d'aucune des corporations qui s'étaient formées et le besoin d'une législation spéciale ne s'était pas encore fait sentir. Pourtant, déjà, certaines allusions peuvent être relevées dans quelques auteurs, desquelles il résulte que le travail féminin libre commençait à exister. C'est ainsi que les femmes des tenanciers de Fueden avaient le droit de fabriquer et de vendre des chemises moyennant un prélèvement d'un douzième au profit de l'abbaye (1).

Aussi est-il très explicable que, lors des rédactions des coutumes, toutes, à de très rares exceptions près, aient contenu des dispositions spéciales à la femme mariée commerçante afin de lui permettre de continuer son commerce sans être trop gênée par l'autorité maritale.

1. Prolego du Polyptique de l'abbé Irminin, p. 453 de Guérard.

SECTION I

La femme mariée commerçante dans les pays de coutume.

CHAPITRE PREMIER

APPARITION DE LA CAPACITÉ SPÉCIALE DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Au XIII^e^ siècle l'égalité civile des deux sexes est un fait accompli. La femme a les mêmes droits civils que l'homme. Elle possède même certains droits politiques, puisqu'elle peut être titulaire d'un fief et siéger dans une cour féodale. Il n'existe aucune incapacité fondée sur sa faiblesse ou sur sa prétendue infériorité physique pour l'écarter des offices virils ou pour lui interdire tel ou tel acte. Elle est, comme on le disait, la « dame en soi ».

Cette égalité disparaît lors du mariage. La femme devient la subordonnée de son mari. Elle n'a plus de droits. Ce n'est que dans deux cas exceptionnels qu'elle retrouve une

partie de sa capacité d'autrefois : il faut qu'elle soit séparée de biens ou qu'elle devienne marchande publique. La nécessité de faciliter le commerce de la femme avait fait établir cette exception en sa faveur. Le maintien de l'autorité maritale aurait pu nuire au développement du négoce de son épouse au grand préjudice des intérêts du ménage.

Nous allons rappeler sommairement la capacité civile de la femme mariée à cette époque, puis nous indiquerons l'augmentation des pouvoirs de la femme commerçante.

§ 1. — DE LA CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE

Dès qu'elle est mariée, la femme est représentée par son mari dans tous les actes de la vie civile. Elle ne peut agir sans celui sous la puissance duquel elle se trouve (1). Beaumanoir dit qu'elle est en « pleine poeste » et il appelle ordinairement le mari « son seigneur ou baron ». Le mariage n'est plus, comme à l'époque du Bas-Empire, un état de fait reconnu par la loi mais que l'on peut rompre quand on veut, et où les intérêts des époux sont nettement séparés, il est devenu une union intime rappelant la

1. On fait généralement dériver cette puissance maritale du mundium germanique (Glasson ; Krant, *die Vormundschaft;* Viollet ; Gide ; Esmein ; Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*). Ce mundium se serait étendu originellement à toutes les femmes qu'elles fussent jeunes filles, mariées ou veuves. Il aurait disparu pour les jeunes filles et les veuves, mais aurait subsisté pour les femmes mariées en présence du besoin d'unité de direction qui se faisait sentir dans le ménage (Gide, Glasson) ou sous l'influence des idées chrétiennes (Kœnigswarter), le Christ ayant subordonné, dans la famille, la femme au mari. Cette dernière opinion est celle qui a été adoptée pendant tout le moyen âge et par nos anciens auteurs.

parole *erant duo in carne una*, union non seulement des personnes mais aussi des biens. Les deux époux sont, au point de vue pécuniaire, deux associés, les pertes et les bénéfices les intéressent au même titre et ils se les partageront entre eux. Mais, comme cette « sorte de société », comme l'appellera plus tard Pothier, dans ses rapports avec les tiers, est représentée par le mari, la personnalité de la femme disparaît et s'efface. La femme n'intervient pas généralement dans les rapports avec l'extérieur, et, lorsque, par hasard, elle doit sortir de ce rôle obscur, elle ne peut agir seule et il lui faut avoir auprès d'elle celui qui, aux yeux de tous, est le chef et le maître, c'est-à-dire le mari (1).

Il en résulte que, pendant le mariage, le mari est seul administrateur des biens conjugaux et, en quelque sorte, seul propriétaire aux regards des tiers. C'est lui qui défend sa femme en justice. Rien dans la maison ne peut être engagé sans son consentement. Aucun acte juridique de la femme : aliénation, obligation, ne vaut qu'avec son autorisation et, cette condition remplie, cet acte engage non seulement les biens propres de la femme, mais aussi les biens communs et les biens propres du mari.

Ni Beaumanoir ni Loysel ne disent que cet assentiment du mari doit revêtir une forme quelconque. En pratique, lorsque l'acte est un peu important, les deux époux y concourent, et quand la femme agit seule, il suffit qu'elle le fasse au vu et su de son mari ; sinon, l'acte est nul et ne peut produire aucun effet (2) ; mais seul, le mari, pendant le

1. « L'homme est mainbournissière », dit Beaumanoir. XLIII-20. « Il est bail ou gardien de sa femme », dit Loysel, l. I, t. IV, reg. 3.

2. Feme qui est en mariage ne pot plegier, ne dete fere, et s'ele fait, ses barons n'i est de riens tenus. Beaumanoir, XLIII, 22.

mariage, peut en poursuivre la nullité, la femme ne peut la demander qu'après le mariage pendant un an et un jour, il y a ensuite ratification tacite.

Rien ne peut remplacer cette autorisation maritale, l'autorisation supplétive de la justice n'a pas encore été conçue (1).

§ 2. — DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Ainsi que nous l'avons vu, ce n'est que vers le XIII^e^ siècle que la capacité spéciale de la femme mariée commerçante est apparue dans les textes.

La coutume d'Anjou est, d'après MM. Glasson et Viollet (2), le plus ancien document du Moyen âge qui y fait allusion. Le statut d'Erfurt qui donne les mêmes droits à la femme pourvu qu'elle ne soit pas mariée date de 1305 ; un statut plus récent d'Augsbourg paraît applicable comme la coutume d'Anjou à la femme mariée. Dans ces conditions, il importe de fixer d'une manière aussi approximative que possible la date de la coutume d'Anjou. Les deux manuscrits qui la contiennent sont du XVI^e^ siècle. Les Etablissements de Saint-Louis, dont nous possédons de nombreux exemplaires du XIII^e^ siècle (notamment celui de

1. Peut-elle tester sans autorisation ? La question est encore obscure. Beaumanoir n'en parle pas. Toutefois au ch. XII n° 4 il dit seulement que le baron ne peut contraindre sa femme à tester en sa faveur. Si on remarque que les coutumes qui tranchent cette question sont les plus anciennement rédigées (Normandie, Bretagne, Bourg) il semble que dans le très ancien droit, l'autorisation était exigée mais que cette formalité a peu à peu disparu.

2. *Et. de Saint-Louis*, p. 148.

Montpellier qui est daté de 1273), nous ont conservé un texte de cette coutume. Il en résulte que la coutume est antérieure à 1273. M. Viollet intercale sa promulgation entre « mai 1246, puisque le rédacteur a utilisé l'ordonnance royale de ce mois et juin 1273, puisque elle a été recopiée par le rédacteur des Etablissements dont l'œuvre est terminée le 19 juin 1273 ». L'article 510 de la coutume est ainsi conçu : « Femme mariée est en la puissance de son mary et ne peut contracter des biens de la communauté ne autres sans l'autorisation de son dit mary sinon qu'elle soit marchande publique et que ce soit du fait de la marchandise et sauf par testament ».

Au cours de nos recherches, nous avons eu la bonne fortune de découvrir deux textes faisant allusion à la femme mariée commerçante et antérieurs à la coutume d'Anjou. Ce sont la charte de Roye rédigée en 1183 (1) et celle de Saint-Quentin donnée en 1195 (2) qui s'expriment en termes identiques et desquels il résulte que la femme mariée marchande publique jouissait de certains privilèges puisque elle pouvait sans l'autorisation de son mari, s'engager valablement, alors que l'obligation eût été nulle pour les autres femmes mariées : *Si uxor alicujus burgensis, sine concessione mariti sui, fide jubere presumpserit, fidejussio illa subierit, quamdiu in mercatura vel in perigrinatione morabitur mulier de ea re non submonebitur, nisi ipsam mercaturam exerceat* ».

Les Etablissements de Saint-Louis qui sont au plus tard, de 1273 (3) décrètent : « Nule fame n'a response en cort

1. *Ordonnances*, t. XI, p. 229, art. XVII.
2. *Ordonnances*, p. 272, art. XX.
3. I, ch. 157.

laie, por coi ait seignor, se ce n'est don fait de son cors ou s'ele estait marcheande et alors ele aurait bien la response des choses qu'ele aurait baillées de sa marcheandise autrement non ».

Quelque temps plus tard, les mêmes principes apparaissent dans la « coutume de Beauvoisis » rédigée entre 1280 et 1283 par Beaumanoir (1). Or, les coutumes n'étant que la codification des usages déjà existants et les textes que nous venons de citer différant par leur provenance territoriale, il est permis de supposer qu'ils représentent l'usage de presque tous les territoires qui, plus tard, ont constitué les pays de coutume.

La femme mariée marchande publique jouit donc d'une situation juridique exceptionnelle ; elle possède certains droits que ne possèdent pas les autres femmes mariées.

Mais, pour faire le commerce, il faut qu'elle ait l'autorisation de son mari. Il faut qu'il s'agisse d'une marchandise « laquelle son baron lui laisse démener pour leur commun profit » (2). Aucune formalité n'est exigée, le consentement tacite est suffisant. La seule chose nécessaire est « qu'il aperte coze qu'il (le mari) ne se melle de riens et que la feme fet et mainbournict toutes les choses qui a eus appartiennent ou si la femme est marqueande d'aucune marqueandise dont son baron ne se sait mêler ».

Ce consentement obtenu, la femme a une entière capacité de contracter pour les besoins de son commerce et les engagements qu'elle prend alors sont pleinement valables bien qu'une autorisation spéciale ne lui ait pas été donnée par son époux. Tous ces engagements vaudront, ajoute

1. XLIII, n. 1322.
2. Beaumanoir, XLIII, n. 1322.

Beaumanoir, « même au temps de son bacon » donnant ainsi la même solution que la coutume d'Anjou explicitement et les ordonnances implicitement.

Les engagements ainsi contractés par la femme ne l'engageront pas elle seulement, ils réfléchiront contre le mari et la communauté, de sorte que les créanciers auront trois débiteurs au lieu d'un seul. Quel est le fondement de cet engagement du mari? Beaumanoir ne le recherche pas. Il se contente d'assimiler la femme commerçante à celle dont « li barons est fou ou hors de ses sens » et n'approfondit pas cette assimilation. Est-il téméraire de supposer que Beaumanoir n'a pas vu la difficulté d'une telle question et qu'il a simplement exposé les usages existants avant la rédaction de la coutume de Beauvoisis, usages qui n'avaient pas été modifiés par cette rédaction? En effet, les textes que nous avons cités, sont trop vagues pour ne pas faire supposer qu'ils n'ont fait que se référer à des pratiques courantes. Il devait être normal et habituel dans le commerce de cette époque, de considérer le mari comme tenu par les engagements commerciaux de sa femme et cet usage a persisté, sans que les premiers auteurs qui ont fait œuvre doctrine, en aient cherché une explication juridique.

CHAPITRE II

DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE APRÈS LA RÉDACTION DES COUTUMES

Au fur et à mesure de l'évolution historique l'importance croissante des possessions propres de la femme, l'influence des idées romaines, l'adoucissement général des mœurs, ont insensiblement modifié la situation de la femme mariée. L'autorisation maritale, conçue d'abord comme un pouvoir dominateur, prend de plus en plus le caractère d'un pouvoir tutélaire sans cesser complètement de s'expliquer, même du temps de Pothier, par le devoir de soumission qui incombe à une subordonnée vis-à-vis de son supérieur. La femme est remise en possession du pouvoir de disposer de son patrimoine après sa mort, elle peut désormais renoncer à la communauté. Si le mari refuse de l'autoriser, un recours lui est ouvert devant le juge envisagé comme une sorte de tuteur chargé d'empêcher les abus de pouvoir du mari. La femme mariée commerçante bénéficie de tous ces avantages, mais sa capacité spéciale ne varie pas : les principes qui sont apparus dès la fin du XII^e^ siècle, ne sont pas modifiés. La doctrine en a seulement dégagé toutes les conséquences et la jurisprudence en a précisé les moindres détails.

§ 1. — DE L'AUTORISATION

Pour être habilitée à faire le commerce, la femme doit être autorisée du mari, mais cette autorisation n'a pas besoin d'être expresse, il suffit que ce commerce soit public et notoire pour qu'on en infère que le mari a autorisé. Toutes les coutumes qui s'occupent de la femme commerçante, proclament ce principe; elles n'emploient pas la même expression, mais le résultat ne varie pas. C'est ainsi que les coutumes de Bar, de la Manche, de Reims et de Sens exigent le « consentement »; celle de Saintonge la « licence »; en Normandie il faut la « permission »; à Paris et à Orléans l' « autorité et le consentement »; à Châlons, en Bourgogne et en Franche-Comté « la licence et l'autorité »; la coutume d'Artois exige le « su et consentement », celle de la Rochelle « l'autorité et la permission »; celle du Nivernais emploie une périphrase « le mari le sachant »; en Vermandois, à Lille, au Berry, au Poitou, en Lorraine, le « vu et le su » du mari est suffisant; la coutume du Berry, plus explicite, demande « l'aveu et le consentement exprès ou taisible », celle d'Angoumois dit « publiquement et notoirement » et celle de Cambrésis « publiquement ». Enfin un arrêt du grand conseil de Malines du 24 mars 1602 et un autre arrêt du Parlement des Flandres du 14 novembre 1696 étendent sur ce point l'article 235 de la coutume de Paris aux coutumes muettes.

Cette autorisation du mari n'a jamais pu être suppléée par celle de la justice. Ce n'est pas étonnant, l'autorisation de la justice n'ayant été, au début, qu'un recours gracieux, manifesté par la délivrance de « lettres » qui n'étaient

accordées que presque exclusivement pour des procès et, en tous cas, seulement pour un acte déterminé et spécial.

L'autorisation donnée par le mari, ne comporte pas un engagement formel de sa part de tolérer le commerce de sa femme pendant toute la durée du mariage, elle peut être révoquée et, au jour de la révocation, la femme retombe dans son incapacité première et ne peut plus s'obliger sans autorisation spéciale. Mais pour que cette révocation soit efficace, il faut qu'elle ait été portée à la connaissance des tiers. Certaines de nos coutumes prévoient « une déclaration de la révocation aisément et notoirement faite » (1) ou bien « faite publiquement » (2), parfois même elle doit être faite en justice (3).

§ 2. — DU COMMERCE SÉPARÉ

Pour que la femme soit considérée comme marchande publique, il ne suffit pas qu'elle ait été autorisée par son mari, il faut que son commerce ne se confonde pas avec celui de son époux, si ce dernier est aussi commerçant. En effet, plusieurs situations peuvent se présenter :

La femme peut n'être que l'employée de son mari, elle peut se contenter de détailler les marchandises et d'en recevoir le prix. Elle oblige alors son époux qui ne peut ni la désavouer, ni se plaindre de ce qu'on ait payé entre ses

1. Vermandois, art. 19.
2. Auxerre, art. 24, Rennes, art. 13, Troyes, art. 13.
3. Chauny, art. 1, « publiquement et en jugement ».

mains le prix qu'elle a vendu, mais elle ne peut engager son mari pour le reste.

Elle peut aussi avoir été, en quelque sorte, associée par son époux pour l'exploitation de l'entreprise par exemple, si, tenant boutique, le mari indique à ses fournisseurs qu'ils peuvent traiter avec sa femme, comme s'il agissait lui-même ou si, même sans les avoir ainsi prévenus, il se conduit comme l'ayant fait, payant sans observations les marchandises qu'elle a achetées, faisant honneur aux billets qu'elle a souscrits. Dans ce cas, la femme agit comme si elle était commerçante, mais elle n'acquiert pas cette qualité d'après les dispositions de nos coutumes. Elle n'est que la factrice de son mari, elle n'engage que lui sans s'engager elle-même car il n'y a pas commerce séparé. Il n'y a alors aucune différence entre les actes qu'elle a passés dans ces conditions et ceux que son mari a passés lui-même, les conséquences seront identiques dans les deux cas (1).

Pour que l'on reconnaisse la qualité de commerçante à la femme mariée, il faut donc que les deux commerces, celui du mari et celui de la femme soient nettement séparés de manière qu'aucune discussion ne puisse s'élever touchant le rôle exact de la femme. L'article 235 de la coutume de Paris qui, ainsi que nous l'avons vu, a été étendu aux coutumes muettes, ne se contente même pas d'un commerce séparé. Il faut qu'il y ait commerce « séparé et autre », c'est-à-dire que le mari et la femme ne s'occupent pas du

1. Bourjon, part. 4, ch. 3, sect. 1, fol. 502, n. 7; Choppin, l. III, ch. II, t. II, n. 206; Lebrun, liv. II, ch. I, Sect. I, n. 7; Renusson, 1re P., ch. 7, n. 5; Pothier, VIII, p. 500; Valin, art. XXIII, n. 99 et 100; Vedel, t. II, p. 12. Arrêts du 13 août 1592, 28 juin 1634, 26 février 1660.

même genre de marchandises, les objets de leurs deux commerces doivent être nettement distincts, sinon, quoique les deux boutiques soient séparées, la femme sera considérée comme la factrice de son mari et n'acquerra pas la qualité de marchande publique.

Toutefois, un certain nombre de protestations se sont élevées contre une telle doctrine. Thaumassière (1) se contente de la publicité du commerce de la femme. La coutume de Cambrésis (2), contraire, sur ce point, à celle de Paris, décide que la femme qui, pendant le mariage, tient l'usine ou la boutique de son mari, s'oblige, elle et son mari, à condition qu'elle agisse publiquement.

§ 3. — DE LA CAPACITÉ

A. — Notions générales

La femme mariée, autorisée de son mari et dirigeant un commerce séparé et distinct devient marchande publique. En cette qualité, elle acquiert une certaine capacité : elle peut contracter et s'obliger sans autorisation spéciale (3) de son mari pour chaque acte. Elle peut acheter et vendre ses marchandises, louer des ouvriers ou des ouvrières employées à son commerce, émettre, endosser et accepter des lettres de change. Elle peut même hypothéquer et alié-

1. 4e q de la 1re centurie.

2. Tit. 7, art. 2.

3. « En effet, dit Pothier (VII, p. 13) les affaires commerciales ne souffrent aucun retardement, la femme n'ayant pas toujours le mari à ses côtés, pour pouvoir l'autoriser pour ses actes, doit pouvoir s'en passer ».

ner ses propres (1). Mais elle ne possède ces droits que si elle agit pour les besoins de son négoce, et elle reste incapable lorsque son engagement n'est pas relatif à son commerce.

Comment saura-t-on si la femme est ou n'est pas capable ou, en d'autres termes, si l'engagement est ou non relatif au négoce ? La question est d'importance, puisque de la réponse qui sera faite, dépendra la validité de l'obligation. D'après Bourjon (2), cela dépendra des circonstances « si la femme se gouvernant sagement dans le commerce que son mari lui a permis, a emprunté de l'argent, on présumerait, quoiqu'elle ne l'eût pas exprimé, que ce serait pour son commerce... mais si une femme en usant mal, avait emprunté de toutes mains pour fournir à ses plaisirs ou à son commerce, il faudrait que l'obligation fut causée pour le fait du négoce au profit de personnes avec qui elle avait commerce réglé, autrement elle serait nulle ». Cette opinion est aussi celle de Choppin (3) qui exige de plus l'autorisation spéciale du mari dans le cas où la femme agit « hors le fait de sa marchandise ». Quant à la jurisprudence elle oblige parfois le créancier à faire la preuve que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du négoce (4).

L'obligation de la femme commerçante qui a pour cause les besoins de son négoce, produit les mêmes effets que celle qui a été contractée par un commerçant de l'autre sexe, et il n'y a pas à considérer si la femme est mariée

1. Bourjon, l. 3, t. X, 4e P., ch. IV, sect II; Marquadus, liv. I, ch. XII.
2. Bourjon, l. 2, ch. I, sect. I, n. 10.
3. Liv. II de Mont., t. I, n. 9.
4. Arrêt du 22 avril 1604 cité par Brodeau.

ou non. Déjà, l'auteur du grand Coutumier dit que les femmes étaient contraignables par corps pour marchandises aux foires de Champagne et de Brie « que par usaige de court laire, femme, soit mariée, ou autre, ne doit tenir prison pour quelque cas civil, quel qu'il soit, tant soit obligée de garde et commande, par foy ou serment, excepté Champagne ». Et sous le titre « des dilatoires » il ajoute « item femmes ne tiennent pas prison pour dettes privées excepté Champagne et Brie ». Cette opinion est consacrée par la jurisprudence : Charondas en ses *Pandectes* (1) et Choppin (2) rapportent un arrêt confirmatif (arrêt du 1er mars 1580). L'ordonnance de 1667 ne fait donc que consacrer législativement l'opinion courante lorsqu'elle déclare dans son titre 34, art. 8 : « ne pourront les femmes s'obliger ny être contraintes par corps, si elles ne sont marchandes publiques ou pour cause de stellionat ». Et cette décision est définitivement consacrée peu après par un arrêt du Conseil du 28 janvier 1671 rendu contre Catherine de Pines, elle est même interprétée si largement que un arrêt du Parlement de Paris du 5 décembre 1706 décide qu'aucune exception n'existe en faveur des femmes mineures commerçantes qui sont, elles aussi, contraignables par corps.

B. — Société

La capacité de la femme mariée marchande publique est-elle suffisamment large pour lui permettre de contracter une société ? Nos anciens auteurs ne paraissent pas avoir prévu la question. Ce silence est naturel, si on songe

1. L. 4, ch. 9.
2. T. I, n. 9.

au petit nombre de sociétés qui existaient sous l'Ancien Régime. Il a fallu attendre le développement du commerce qui a caractérisé le XIXe siècle pour que la question de la société, contractée par une femme, soit avec un tiers, soit avec son époux, puisse se poser fréquemment dans la pratique. Seul de nos anciens auteurs, Pothier fait allusion d'une manière peu explicite à ce contrat. Il ne prononce même pas le mot de « société » ; il ne parle que « d'une communauté de biens établie pendant le mariage entre les époux » et il déclare qu'une telle convention ne serait pas valable même si leur contrat « portait une exclusion de la communauté » ou si « les conjoints étaient domiciliés sous une coutume qui n'admet pas la communauté », parce que, dit-il, » notre droit français a été attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints pourraient se faire, par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant le mariage par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens » (1).

C. — Du droit d'ester en justice

La femme mariée commerçante doit-elle demander l'autorisation spéciale de son mari lorsqu'elle désire ester en

1. Du reste, ne pourrait-on pas soutenir que le commerce de la femme crée une société entre elle et son mari ? Les deux époux sont tenus pour la totalité et cela commercialement, le mari, comme la femme, peut être contraint par corps et les créanciers peuvent agir directement contre le mari qui ne peut leur opposer aucun bénéfice de discussion. La seule différence qui existerait, au cas de société, serait de donner aux créanciers commerciaux un privilège sur le fonds de commerce, privilège que ne possèdent pas les créanciers de la femme commerçante.

justice, tant en demandant qu'en défendant, au sujet d'une contestation survenue à l'occasion d'un acte de son commerce qu'elle a pu passer seule et cela sans l'assistance de son mari?

Il y a de graves divergences dans nos coutumes à ce sujet. La coutume de Paris n'est pas explicite sur ce point. Il est généralement admis, toutefois, qu'elle ne reconnaît pas à la femme commerçante le pouvoir d'agir seule, car, ainsi que l'explique Pothier (1), si elle avait voulu consacrer la solution contraire « elle l'eût comprise avec la femme séparée dans l'exception de l'article 224 » qui donne à cette dernière le droit d'ester seule en justice, comme elle l'a comprise avec la femme séparée dans l'exception de l'article 234 qui leur donne le droit de contracter et de s'obliger sans autorisation.

La même solution interdisant aux femmes marchandes publiques d'ester seules en justice est consacrée formellement par diverses autres coutumes : Marche art. 10, Nivernais, t. 23, art. 1, Mantes, art. 25, Bretagne, art. 448, Auxerre, art. 207, Bordeaux, art. 3, Saintonge, art. 74, Dourdum, art. 80, Melun, art. 213, Touraine, art. 235, Montargis, art. 28, Malines, tit. 9, art. 4, Bourgogne, art. 160.

Mais d'autres coutumes leur reconnaissent ce droit dans tous les cas : Charte du Hainaut, ch. 116, art. 6. Valenciennes, art. 119.

Par contre, certaines coutumes font une distinction et admettent que la femme pourra défendre seule mais qu'il lui faudra l'autorisation lorsqu'elle sera demanderesse. Telles sont les coutumes de l'Angoumois, art. 99, Lorraine,

1. VIII, p. 512.

tit. I, art. 21, Lille, tit. 5, art. 12, Lorraine, tit. I, art. 21, Auvergne, ch. I, art. 9.

Enfin, une seule coutume, celle de Douai, ch. 3, art. 12, n'exige l'autorisation que pour défendre, la femme pouvant se porter demanderesse sans autorisation.

§ 4. — DES CONSÉQUENCES DU COMMERCE DE LA FEMME

A. — Engagement du mari

La femme marchande publique engage, lorsqu'elle agit dans l'intérêt de son négoce, non seulement ses biens propres, mais aussi ceux de la communauté et du mari. La solution est certaine et proclamée par tous les auteurs. Mais aucun d'eux n'a exposé le raisonnement juridique qui conduit à une telle décision, ni indiqué expressément lequel, du mari ou de la communauté, est le premier engagé. Est-ce que, par suite de son commerce, la femme obtient le droit d'engager la communauté, le mari n'étant alors tenu qu'à cause de la confusion qui existe entre ses biens propres et les biens communs, ou bien est-ce le mari qui est engagé, cet engagement entraînant par contre-coup celui de la communauté ?

Le texte de nos anciennes coutumes et, notamment, l'article 234 de la Coutume de Paris semble plutôt indiquer que le mari a seul le droit d'engager la communauté, de sorte que c'est le mari qui est engagé par sa femme lorsque celle-ci agit dans l'intérêt de son négoce. La situation du mari est alors comparable à celle du *paterfamilias* romain, l'époux est tenu par une sorte d'action *quod jussu* passée du droit romain dans le droit français. L'autorité

du mari tant sur la personne que sur les biens de son épouse est, en effet, semblable à celle du *pater* sur la personne ou sur les biens de son fils. Cette analogie s'impose encore plus à l'esprit si l'on songe que les biens de la femme ne viennent que d'échapper en partie au mundium du mari de même qu'au Bas-Empire les biens du fils faisant partie des divers pécules échappaient de plus en plus aux pouvoirs du père. Cette assimilation est, du reste, nettement indiquée par certaines de nos anciennes coutumes qui traitent, dans les mêmes textes, de la puissance du mari sur sa femme et de celle du père sur son fils (1). Guy Coquille poursuivant l'analogie n'hésite pas à écrire : « Je croy que le mary est tenu *utili actione institoria* » (2) et Chappin (3), Loysel (4) et Ferrière (5) renvoient purement et simplement au titre de l'action *exercitoria* du Digeste.

Il résulte de cette théorie que le mari est censé contracter par l'intermédiaire de sa femme : *Ratio est, quia ex quod maritus hoc permittit mulieri, videtur tacite contractui* écrit un commentateur de la coutume de Bretagne (6) et Denisart ajoute : « Le mari est censé faire le commerce et la femme n'être que la commissionnaire » (7). Cette opinion fait donc de la femme une factrice de son mari, factrice un peu spéciale, il est vrai, car elle s'engage personnellement et elle peut être contrainte par corps contrairement

1. Berry, t. I, art. 7 pour femme, art. 9 pour fils ; Bordeaux, t. I, art. 1 ; Bourbonnais, art. 168 ; Nivernais, ch. 23, art. 1 pour les deux.
2. N. 104.
3. L. II, p. 141.
4. N. 57.
5. Art. 234.
6. Rapporté par Brodeau sur Louet, lettre F.
7. P. 130.

à ce qui se passe lorsqu'elle n'exerce pas un commerce séparé de celui de son mari, mais factrice tout de même, puisque ses créanciers peuvent atteindre derrière et à côté d'elle, celui qui est considéré comme le véritable commerçant, c'est-à-dire le mari.

Cette théorie répond, du reste, à des besoins pratiques : elle assure le crédit de la femme. En pays de coutume, en effet, la femme est rarement dotée jusqu'au XVI^e^ siècle, et même, plus tard, la dot est généralement peu importante. Son apport consiste simplement dans sa « mesnagerie, » c'est-à-dire sa gestion. La femme commerçante ne peut donc pas faire le commerce avec ses propres biens puisqu'elle n'en a pas ou que leur valeur est trop peu considérable, elle doit faire appel à son mari pour qu'il mette à sa disposition des biens qui lui appartiennent. Il s'ensuit que les tiers qui traitent avec elle prennent en considération plus spécialement, non pas ses capacités personnelles ou la valeur de ses biens, mais l'importance du patrimoine de son époux ; « aussi est-il juste, écrit Laurière sous Loysel (1), que les pères et les maris qui ont ainsi autorisé leurs femmes et leurs enfants soient tenus de leurs contrats et qu'il y ait action contre eux ». C'est d'autant plus juste et équitable que le mari profite des gains de sa femme puisqu'ils tombent dans la communauté dont il est « maître et seigneur » (2).

Le mari, étant personnellement obligé, est tenu dans les mêmes conditions que sa femme et il est contraignable par corps (3). Les créanciers peuvent agir indistinctement

1. Ch. 57.

2. Denisart, p. 130 ; Ferrière, art. 234, p. 365 ; Lebrun, ch. 2, sect. 2 ; Renusson, 1^re^ P. ; ch. 7, n. 7.

3. En ce sens les auteurs précités et divers arrêts : 1^er^ mars 1580,

contre chacun des deux époux, et aussi bien contre les biens propres que contre les biens communs dans les mêmes conditions que si la femme s'était obligée conjointement avec son mari. Il n'est même pas besoin que les créanciers fassent déclarer exécutoires contre lui les obligations de la femme comme cela se passe pour les héritiers après la mort du débiteur car, dit Lebrun, le « commerce de la femme se fait au vu et su de son mari » (1).

Un certain nombre d'auteurs, toutefois, semblent admettre que la femme n'engage directement que la communauté de sorte que si le mari est tenu ce n'est qu'indirectement. De ce nombre est Pothier (2). A vrai dire, il n'est pas très explicite et ne tranche pas formellement la question mais la formule qu'il emploie ne diffère pas de celle dont il se serait servi s'il avait voulu dire que la femme oblige la communauté de son chef. De même Lebrun en déclarant qu'en contractant la femme oblige « non seulement la communauté mais la personne du mari » (3) semble indiquer, qu'à son avis, après la femme, la communauté est tenue en premier lieu, pendant que le mari n'intervient qu'ensuite.

Mais, même dans cette opinion, on décide que le mari peut être contraint par corps de sorte que, sous l'ancien

5 décembre 1606, 5 janvier 1617 (Parlement de Dijon), 22 janvier 1626, 22 février 1628, 26 août 1702, 3 mai 1718. Toutefois il existe un arrêt contraire du 9 février 1567 d'après lequel le mari n'est tenu que sur ses biens.

1. Ch. 2, sect. 2, n. 7.

2. VII, p. 29 : « Les dettes contractées par la femme marchande publique .... sont pareillement dettes de la communauté quoique le mari ne les ait pas expressément autorisées ».

3. Ch. 2, sect. 2, n. 7.

droit, il était bien vrai de dire « Le tablier de la femme oblige le mari » (1). Et cette obligation personnelle du mari n'existe pas seulement pour les obligations volontaires de sa femme contractées à l'occasion de son négoce, mais aussi pour les condamnations qui interviennent contre elle et qui sont exécutoires contre le mari bien qu'il n'ait pas été nommé dans la sentence (2). Seule, la coutume de Lorraine (3) édicte formellement une solution contraire : en cas de condamnation de la femme, le jugement rendu est d'abord exécutoire sur les biens de la communauté, puis sur les propres de la femme et enfin sur les propres du mari.

B. — **Des relations des époux avec les créanciers de la femme**

La question de savoir si les créanciers du mari ont un droit sur l'actif commercial de la femme, ou si l'on doit reconnaître un privilège aux créanciers commerciaux a été soulevée par Savary (4) qui a donné une solution contraire aux intérêts des créanciers du mari. Mais Savary reconnaît lui-même qu'il se décide ainsi uniquement pour des motifs d'équité et que son opinion ne trouve aucun appui dans les textes qui lui sont plutôt contraires. Pour

1. Tablier avait, à ce moment-là, une signification différente de celle qu'il possède aujourd'hui. On entendait par « tablier » la boutique, l'état. C'est ainsi que la coutume de Mont-de-Marsan disait : aux tabliers publics et boucheries communes ne sera vendue chair de chèvre.

2. Denisart, p. 158. Valin, art. XXIII, n. 116 qui fait remarquer que c'est une exception considérable à cette règle que la femme mariée ne peut porter par ses délits préjudice ni au mari ni à la communauté.

3. Tit. I, art. 21.

4. qu. 34.

cette raison justement, la doctrine de Savary n'a pas prévalu, en présence des termes formels de l'article 225 de la coutume de Paris d'après lesquels le mari est seigneur et maître des meubles, qu'ils lui soient propres ou qu'ils appartiennent à la communauté ou à la femme et on a toujours reconnu à ses créanciers le droit de saisir et de faire vendre pour les dettes par lui contractées, les marchandises qui sont dans la boutique de sa femme parce que ces marchandises sont des effets mobiliers.

Quant aux créanciers de la femme ils peuvent, ainsi que nous l'avons vu, agir contre tous les biens appartenant aux deux époux, qu'ils soient propres ou communs.

La dissolution de la communauté modifie le droit de tous les créanciers. Si la femme accepte, la communauté, passive et active, est divisée en deux parts égales qui sont attribuées respectivement à chacun des époux. Les créanciers commerciaux de la femme ne peuvent alors poursuivre le mari que pour moitié en sa qualité de commun en biens (1). La solution contraire qui déchargerait complètement la femme serait profondément injuste car elle lui permettrait de ruiner son mari en engageant ses propres sans consommer les siens (2).

Par contre, lorsque la femme renonce à la communauté, elle ou ses héritiers seront déchargés de toute obligation commerciale, et le mari et ses héritiers en seront seuls tenus (3). Mais, dans l'intérêt des créanciers qui ont traité avec la femme et non avec le mari, on décide que leur

1. Jurisprudence du Châtelet. Bourjon, l. 3, t. X, 4e p., ch. IV, sect. 1. Pothier, VII, p. 368. Renusson, 2e p., ch. VI, n. 61.

2. Renusson précité.

3. Renusson, 1re p., ch. 7, n. 5, citant un arrêt de juin 1570.

poursuite contre leur débitrice sera toujours recevable et même qu'ils pourront la faire contraindre par corps (1). Lorsque la femme se sera exécutée, elle aura toujours un recours contre son mari pour se faire rembourser. Une telle solution est conforme à l'équité car le mari bénéficie seul des gains du commerce de la femme qui font partie de la communauté et qui lui appartiennent désormais en présence de la renonciation de son épouse et il doit en être ainsi, même lorsque le commerce a été rien moins que prospère, car le mari, en sa qualité de maître de la communauté et en vertu de la puissance maritale, avait le droit d'obliger sa femme à abandonner son négoce, il est donc en faute s'il ne l'a pas fait.

§ 5. — DE LA FEMME SÉPARÉE COMMERÇANTE

Jusqu'à maintenant, nous avons toujours examiné le cas où la femme commerçante était commune, il nous reste à indiquer quels changements peut introduire la séparation existant entre les époux.

La femme séparée jouit dans l'ancien droit d'une capacité exceptionnelle pour une femme mariée. Non seulement, comme la femme commune commerçante, elle peut contracter, dans certains cas, sans être autorisée par son mari, mais elle peut aussi ester seule en justice et cela même dans les coutumes qui, comme la coutume de Paris, n'accordent pas ce droit à la femme commerçante.

En dépit de la séparation existant entre les époux, la

1. Renusson précité, Choppin, l. III, ch. II, t. II, n. 206. Charondas, V, p. 516. Buridan, art. 13, p. 34.

femme reste soumise à l'autorité maritale, elle doit, pour devenir marchande publique, être autorisée dans les conditions que nous avons déjà étudiées, et elle n'acquiert cette qualité que si elle exerce un commerce séparé et distinct de celui de son mari.

A partir de ce moment, elle a la capacité d'une femme commerçante. Dorénavant elle peut s'obliger sans autorisation non seulement dans les limites de son administration mais aussi dans l'intérêt de son négoce (1). A la différence de la femme commune elle n'engage alors qu'elle-même et ses créanciers n'ont aucun recours contre le mari (2) même au cas de délits (3) à moins toutefois que le mari n'y ait participé.

Il y a donc un intérêt primordial pour les créanciers qui traitent avec une femme mariée commerçante à savoir si leur débitrice est commune ou séparée puisque leur gage comprendra les biens des deux époux dans le premier cas, alors qu'ils n'auront de droits que contre la femme dans le second. C'est pourquoi l'ordonnance de 1673 prescrit dans l'article 1er du titre VIII que, dans les pays de coutumes, toute clause qui dérogera à la communauté légale dans le contrat de mariage des marchands, devra être publiée à l'audience de la juridiction consulaire s'il en existe et sinon à l'assemblée de l'hôtel commun pour être ensuite insérée dans un tableau exposé dans un lieu public. Dans

1. Les coutumes de Montargis, ch. 8, art. 9, Sedan, art. 95, Blois, art. 58, permettent néanmoins à la femme séparée de disposer de tous ses biens de la même manière que si elle n'était pas mariée.

2. Bourjon, 4e p., ch. 4, sect. 2, fol. 506. Duplessis, liv. I, ch. 4, sect. 1 et notes folio 391. Ferrière, art. 234, gl. 2, n. 10. Lebrun, l. 2, ch. 2, sect. 2, n. 8 et 9. Valin, art. XXIII, n. 113. Denizart, sep. n. 3,

3. Valin, art. XXIII, n. 116.

l'article 2 du même titre l'ordonnance étend les mêmes prescriptions au cas de séparation de biens prononcée entre les époux marchands.

La sanction de l'inobservation de ces formalités est formellement prévue : c'est la nullité et, par conséquent, l'impossibilité d'opposer aux tiers, soit les clauses dérogatoires au droit commun, soit la séparation.

La femme commerçante a donc tout intérêt à demander la séparation lorsque son commerce est prospère. Elle est ainsi certaine de conserver la totalité des bénéfices, alors que, si elle reste commune, la moitié reviendra au mari au cas d'acceptation, et la totalité au cas de renonciation. Pothier lui conseille de faire une telle demande afin de « se conserver à l'avenir les gains qu'elle peut faire par son talent » (1).

1. Communauté n. 512.

SECTION II

La femme mariée commerçante dans les pays de droit écrit

Dans les pays de droit écrit, la femme jouit d'une capacité bien plus grande que dans les pays de coutume. En se mariant, elle apporte une dot à son mari. Sous l'obligation de restituer à la dissolution du mariage, ce dernier a la libre disposition des deniers dotaux et des immeubles estimés, et l'administration des autres immeubles dont il perçoit les fruits. Les autres biens appartenant à la femme constituent les biens paraphernaux ; la femme en a la libre disposition ; elle peut les engager, ou les vendre sans avoir besoin de l'autorisation de son mari et même contre son gré (1), elle peut même les donner. Seule fonctionne l'autorisation spéciale du sénatus-consulte Velleien (2). La

1. Glasson, VIII, p. 342 ; Bretonnier, p. 175 ; Roussilhe, n. 147.

2. Une exception doit être faite pour les quatre provinces du ressort du Parlement de Paris (Forez, Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais) qui, bien que faisant partie des provinces de droit écrit, avaient dû à leur situation d'ilôt isolé dans un pays coutumier de voir quelques institutions coutumières pénétrer et s'acclimater chez eux. L'autorisation

femme est donc maîtresse absolue de ses biens paraphernaux, elle ne dépend pas alors de son mari et peut même agir en justice sans son autorisation (1).

Par contre, elle n'a presque aucun droit sur les biens dotaux immobiliers. Les obligations qui pourraient les engager et les aliénations sont nulles (2). Seules les obligations qui ont leur source dans un délit de la femme peuvent être poursuivies contre les biens dotaux, sous réserve toutefois de respecter l'usufruit du mari (3). En revanche, la femme peut compromettre sur sa dot mobilière et même renoncer à sa créance de restitution contre son mari. Mais ce n'est pas admis partout et dans certaines provinces, la femme ne s'oblige pas dans ce cas de sorte qu'elle ne peut alors engager ni sa dot immobilière, ni sa dot mobilière.

A la dissolution du mariage, elle est créancière de son mari pour tout ce qui touche sa dot mobilière, elle reprend ses immeubles dotaux et conserve ses biens paraphernaux, mais les acquits sont considérés, en principe, comme appartenant au mari, la femme n'ayant droit aux siens qu'à condition de prouver leur origine (présomption mucienne).

maritale, par exemple, était exigée lorsque la femme voulait engager ses paraphernaux.

1. Glasson, VII, p. 156. Mais dans la coutume de Bordeaux le mari est usufruitier des biens paraphernaux sauf conventions contraire et expresse.

2. La même exception existe ici au profit des pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, dans lesquels la femme autorisée du mari peut valablement aliéner ses biens dotaux depuis une déclaration du 20 avril 1664, enregistrée au Parlement de Paris le 30 avril 1665.

3. Roussilhe, n. 424.

§ 1. — DE L'AUTORISATION

La femme mariée, pour faire le commerce, doit être autorisée de son mari en pays de droit écrit comme en pays coutumier. Cette exigence s'expliquera aisément lorsque nous étudierons les conséquences des engagements commerciaux de la femme à l'égard du mari. Roussilhe (1) est formel en ce sens, et renvoie purement et simplement à l'article 235 de la coutume de Paris. La coutume de Toulouse et celle de Bayonne l'exigent expressément et il en est ainsi aussi de certaines coutumes étrangères qui se rapprochent de nos législations de droit écrit (2).

L'autorisation peut donc être expresse ou tacite, mais le commerce doit différer de celui du mari (3) ainsi qu'en pays de coutumes.

§ 2. — DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE

La femme marchande publique peut faire valablement tous les contrats qui dépendent de son commerce comme

1. N. 411.

2. Statuts de Nice, liv. II, cap. 2, carta 35 ; Statuts de Nice dans *Mon. patr. ed jussu regis car. Alb. Augustiæ Taurin*, 1838, t. II, p. 52. La même faveur y existe que la femme soit majeure ou mineure, c'est ainsi que le statut de Nice traite de la femme commerçante sous le titre général : *De contractu cum filio negociatore.*

3. « Il faut qu'elle fasse publiquement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit qu'il en fasse un différent de celui de sa femme, que les envois soient faits à elle et que les billets soient par elle souscrits ». Roussilhe, n. 411.

les ventes et achats de marchandises, les locations de bâtiments nécessaires à son exploitation commerciale, les engagements d'ouvriers et d'ouvrières, les souscriptions, endossements de traites, etc.

En vertu de la présomption mucienne le fonds est considéré comme appartenant au mari sauf preuve contraire.

Il n'y a aucun doute sur les conséquences du commerce de la femme à l'égard des biens paraphernaux, ceux-ci sont engagés même dans la coutume de Bordeaux, où, ainsi que nous l'avons vu, la femme ne peut les engager sans l'autorisation du mari, une exception existe, en effet, en faveur de la femme commerçante, exception comparable à celle des pays coutumiers.

Mais engage-t-elle ses biens dotaux? Des controverses existaient à ce sujet. En faveur de la négative, on faisait valoir que la femme quoique marchande publique, n'est, en réalité, que la factrice de son mari parce que tous les profits du commerce appartiennent à celui-ci ou que du moins, il en profite ; de plus, l'inaliénabilité des biens dotaux interdit une telle opinion parce qu'il y aurait là un moyen indirect accordé à la femme dotale d'engager ses immeubles dotaux.

En faveur de l'opinion contraire, on argumentait de la foi publique et de la valeur du commerce. On ne peut plus contester, disait-on, que la femme marchande engage ses biens dotaux qu'on ne peut révoquer en doute que le mineur marchand engage ses immeubles pour les dettes qu'il contracte en faisant le commerce. Les privilèges du mineur et de la femme sont personnels et leur intérêt particulier doit fléchir devant l'intérêt général. D'ailleurs, la femme peut être emprisonnée pour les dettes de son commerce, et elle pourra alors vendre ses biens dotaux pour

sortir de prison puisqu'elle a ce droit lorsqu'il s'agit non de sa propre personne, mais de celle de son mari (1). La jurisprudence est, du reste, en faveur de cette opinion et un arrêt de Toulouse du 27 août 1693 déclare valable une vente faite par une femme marchande de son fonds dotal pour acquitter ses dettes commerciales.

La femme mariée marchande publique peut être contrainte par corps pour les dettes de son commerce, mais, dans certains pays on avait une certaine répugnance à ordonner l'incarcération. On prétendait que l'ordonnance de 1667 ne concernait pas les pays de droit écrit de sorte que les juges avaient une entière liberté pour juger suivant les coutumes et les lois de leur pays. C'est ainsi que dans le ressort du Parlement de Toulouse, la contrainte n'était accordée que lorsqu'il y avait eu dol de la femme.

La question du droit d'ester en justice n'est tranchée expressément que par la coutume de Bordeaux qui, dans son article 3, décide que « la femme mariée ne les enfants ne pourront ester en jugement sans licence des marys et pères respectivement sinon ès cas susdits qu'ils fussent marchands publics et majeurs de 25 ans ». Mais, étant donné que la « femme mariée en pays de droit écrit n'a pas besoin d'autorisation pour ester à l'égard de ses biens paraphernaux » (2) et que la coutume de Bordeaux est celle qui restreint le plus les pouvoirs de la femme puisqu'elle lui enlève l'usufruit de ses paraphernaux, il faut décider que le pouvoir d'ester sans autorisation était reconnu à la femme commerçante.

Il existait en France un pays qui, tout en faisant partie

1. Roussilhe, n. 413.
2. Arrêt du Parlement de Paris du 21 juin 1701.

des pays de coutume, se rapprochait par certains côtés des pays de droit écrit, c'est la province de Normandie. L'opinion la plus répandue était que la femme même séparée ne pouvait, pour cause de commerce, obliger sa dot même du consentement du mari. Cette opinion avait été consacrée par certains arrêts du Parlement de Rouen (1), mais il existait quelques arrêts en sens contraire (2) et un arrêt intermédiaire du 12 décembre 1671 avait décidé que la femme marchande pouvait engager les deux tiers de sa dot.

D'après l'opinion générale, la femme ne pouvait engager que ses meubles, ses acquêts et les revenus de ses immeubles à la condition toutefois d'en réserver une partie capable de suffire à ses besoins.

Enfin, la femme marchande pouvait être contrainte par corps. C'est ce qu'avait décidé un arrêt de la Chambre de l'Edit de Rouen du 20 février 1658, duquel il ressort que, pour arriver à ce résultat, il n'était nul besoin d'une stipulation particulière.

§ 3. — DE L'ENGAGEMENT DU MARI

Le mari est tenu des conséquences du commerce de la femme. Cette décision compréhensible lorsque la femme s'est constituée en dot tous ses biens, l'est beaucoup moins et surprend même, de prime abord, quand la femme possède des paraphernaux. En effet, lorsque la constitution de

1. 9 juillet 1660, 9 mars 1667. Basnage sur l'art. 538.
2. 20 novembre 1630 ; 3 décembre 1657. Pesnelle sur l'art. 538.

dot est universelle le fonds appartient au mari, il est donc naturel que le mari soit obligé d'en supporter les dettes. Mais il en est autrement dans le cas où la femme possède des paraphernaux, le fonds est alors paraphernal (la preuve contraire exigée pour faire tomber la présomption mucienne étant facilement fournie en l'occurrence par la femme) de sorte que les bénéfices appartenant à la femme, il semblerait assez logique de décider que le mari n'est pas responsable des mauvaises affaires de sa femme, et on ne voit pas en vertu de quel principe on adopterait la solution contraire. Malgré cela, c'est justement cette dernière solution qui l'a emporté, et on semble vouloir la justifier par une sorte de quasi-délit du mari. Roussilhe (1) estime en effet que « le mari doit s'imputer vis-à-vis des créanciers d'avoir souffert le commerce de la femme » de sorte que (2) « voyant le commerce que sa femme fait et ne s'y opposant pas, il est présumé approuver tous les engagements qu'elle contracte à raison de son négoce ». Cette opinion était aussi acceptée en Normandie et Basnage (3) cite, en l'approuvant, un arrêt du 20 février 1658 qui affecte au payement des actes d'une femme commerçante les meubles et immeubles de son mari. Cette obligation du mari permet, du reste, aux créanciers de la femme de le contraindre par corps pour obtenir le payement (4).

Dans le cas où la femme possède des paraphernaux, le mari quoique personnellement tenu à un recours contre sa femme car ne profitant pas des bénéfices, il ne doit pas

1. N. 414.
2. N. 411.
3. Art. 538.
4. Roussilhe, n. 412.

supporter seul les dettes. Ce recours lui permet de se faire restituer par son épouse tant sur ses paraphernaux que sur ses dotaux les sommes qu'il a déboursées (1).

1. Roussilhe, n. 414.

SECTION III

La femme mariée dans les corporations

De par son sexe, la femme n'était pas exclue des corporations. Dès la plus ancienne codification des statuts industriels, dans le livre des Métiers, on trouve la preuve que, dès le temps de saint Louis, les métiers dont les matières premières sont la soie et le fil d'or sont exclusivement réservés aux femmes (1). De nombreuses étaient mixtes, en 1292 il existait 80 métiers comprenant des hommes et des femmes, dont certains étaient libres et certains organisés tels que les brodeurs et broderesses (statut de 1292), plus tard les tissetiers et tissetières (statut de 1475) et enfin celui des lingers et lingères qui devint ensuite uniquement féminin (2).

En principe, peu importait que la femme fût ou non

1. Il existe cinq corporations dont le personnel est uniquement féminin : fileresses à grand et à petit fuseau, tisserandes de soie, tisserandes de couvre-chefs de soie, faiseuses de chapeaux d'or. Leur organisation intérieure est calquée sure elle des métiers virils : maîtresses, ouvrières, apprenties avec à leur tête des prude femmes.

2. Hauser, *Rev. sociol.*, p. 347.

mariée. C'est ainsi que le statut de 1551 décide que : « pourront les dites femmes qui seront reçues maîtresses tenir ouvroir du dit état encore qu'elles fussent mariées ». Pourtant il existait certaines exceptions : c'est ainsi que chez les gaîniers et chez les passementiers de Rouen, le mariage de la femme entraînait son exclusion de la corporation. Enfin, l'immoralité du mari pouvait être parfois l'occasion d'une sorte de suspension pendant la durée du mariage « et s'il advenait que, telles femmes ou filles qui auraient été apprentisses et maîtresses, se mariassent à aucun homme qui ne fut de honnête état, vie et gouvernement en ce cas les dites femmes ne pourront tenir ledit métier durant le dit mariage avec leurs dits maris ».

SECTION IV

La femme mariée commerçante depuis le Code civil

CHAPITRE PREMIER

PRÉPARATION ET PROMULGATION DES CODES CIVIL ET DE COMMERCE

Lorsque les assemblées révolutionnaires, comprenant la nécessité qu'il y avait à avoir une codification unique pour toute la France, décidèrent de substituer aux législations disparates existantes une législation identique en votant un code civil, plusieurs projets furent établis. Ces divers projets, dont aucun ne devait recevoir de consécration définitive, furent inspirés par les principes qui étaient en faveur lors de leur élaboration. La capacité de la femme fut ainsi étendue ou restreinte, suivant qu'il était dans les idées actuelles de pencher pour l'égalité absolue des

deux sexes ou pour l'infériorité de la femme et son assujettissement plus ou moins accentué à son époux.

C'est ainsi que le premier projet de Code civil, celui du 9 août 1793, accordait une capacité entière à la femme pendant le mariage, lui reconnaissait l'égalité de droits avec son mari, et lui donnait, lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, les mêmes pouvoirs d'administration et de disposition sur tous les biens communs. Lors de la discussion de l'article X (1) du projet à la séance de la Convention du 24 août 1793, le représentant Lacroix déclara que « dans un pays libre on ne peut plus longtemps tenir la femme dans l'esclavage » et qualifia «d'absurde » l'opinion contraire et Desmoulins affirma que la puissance maritale était « une création des gouvernements despotiques ».

Les mêmes dispositions se retrouvent dans le deuxième projet présenté par Cambacérès le 28 fructidor an II (9 décembre 1893). En vertu de l'article 44 « il y a communauté de biens entre les époux et droit égal à leur administration s'il n'en a été convenu autrement » et Cambacérès justifie cette disposition dans la phraséologie outrancière de l'époque en ces termes : « Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, formules de tyran, système ambitieux que la nation indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la puissance maritale en changeant la protection en domination, les devoirs en droit, l'amour en empire » (2).

Mais, lors de la présentation du troisième projet, en messidor an IV, les idées ont évolué et Cambacérès reje-

1. « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens ».

2. Fenet, I, 102.

tant avec désinvolture, les opinions qu'il défendait naguère admet l'autorisation maritale et repousse l'égalité de droits de la femme « afin de prévenir ces débats qui détruiraient le charme de la vie domestique ».

C'est ce dernier principe, qui présida à l'élaboration du projet définitif du Code civil au Conseil d'État. La tentative de Malleville de rappeler les idées du projet de 1793 et de la législation des pays de droit écrit n'eût pas de succès (1) et Portalis, dans l'exposé des motifs, se borna à déclarer (2) : « On a longtemps disputé sur la préférence et l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins, et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés..... L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre ».

Du moment où le principe de la puissance maritale était maintenu, il était nécessaire d'examiner la situation particulière de la femme mariée marchande publique. Le Code civil fut extrêmement bref sur cette question, il se contenta de lui reconnaître le droit de faire le commerce et d'admettre la responsabilité du mari lorsque les époux étaient mariés sous le régime de communauté (art. 220).

C'était donc aux rédacteurs du Code de commerce qu'in-

1. Locré, IV, p. 521, n. 62.

2. Napoléon, malgré son mépris pour les femmes, n'intervint pas dans la discussion. On peut supposer qu'il en est ainsi parce que les idées qu'il aurait défendues n'étaient pas différentes de celles qui ont été finalement adoptées.

combait la mission de concilier l'indépendance de la femme commerçante avec le respect de la puissance maritale. Au cours des travaux préparatoires, lors de la discussion qui précéda la rédaction de l'article 4, on se trouva en présence de deux systèmes. Dans le premier, on décidait que le mari dont la femme fait notoirement le commerce, est responsable de ses engagements sauf dans le cas où une séparation de biens dûment publiée, existe entre les époux. Dans le second, on astreignait la femme mariée aux mêmes formalités de publication que le mineur : elle ne devenait marchande publique que si l'autorisation de son mari avait été enregistrée et affichée. Le premier système avait été proposé par le ministre (1), le deuxième par la section de l'intérieur (2). Les membres de cette section faisaient valoir qu'il était inadmissible que la femme, en exerçant le commerce, pût engager le mari à son insu ; s'il était vrai que, dans la plupart des cas dans la pratique, le mari était avisé, on estimait néanmoins, qu'il ne fallait pas que le contraire se produisît. Cependant cette opinion ne pût pas triompher, on allégua que les formalités exigées étaient nouvelles, inutiles et dangereuses : nouvelles, puisqu'elles n'existaient pas dans l'ancien droit, inutiles, car la justice et l'équité demandent seulement que

1. « Le mari dont la femme fait notoirement le commerce, est responsable des engagements qu'elle contracte pour les faits de son commerce si elle n'est séparée de biens avec lui et si la séparation n'a été enregistrée, publiée et affichée », art. 35, tit. III des sociétés.

2. « Sont également habiles à faire le commerce et à s'engager les femmes mariées et communes en biens lorsque le mari a donné son autorisation et qu'elle a été enregistrée et affichée. Dans ce cas, le mari est responsable solidairement des engagements que sa femme a contractés ».

le mari ne soit pas engagé à son insu, or « il est impossible, dit M. Béranger, que, si la femme fait notoirement le commerce, le mari n'en soit pas instruit », dangereuse parce que « elle ménagerait au mari de mauvaise foi, la ressource d'un désaveu tardif pour échapper à des engagements que, cependant, il aurait tacitement autorisé sa femme à contracter ». La rédaction de la section de l'intérieur rejetée, on modifia ensuite celle du ministre, en présence de l'insistance de M. Regnault sur l'inconvénient qui pourrait résulter du fait que la femme peut faire le commerce même notoirement et cela « à l'insu du mari ». M. Regnault attira l'attention de ses collègues sur les mots « si elle est marchande publique » de l'article 220, C. civ. et il montra que cette expression suffisait pour rendre toutes les idées que l'on venait de développer. De plus, le législateur n'était-il pas en quelque sorte lié par ce même article 220 et n'était-il pas sage d'éviter de revenir sur des décisions déjà acquises ? Ce motif l'emporta, et on décida afin d'écarter tout conflit de reproduire l'article 220 dans le nouvel article 4.

Deux autres questions furent soulevées au cours de cette discussion : tout d'abord celle de la révocation de l'autorisation, Treillard et Bigot-Préameneu insistèrent sur les inconvénients qui pourraient résulter de la décision du mari de retirer l'autorisation mais le prince archichancelier fit valoir que la femme pourrait toujours recourir à la justice.

Enfin, lors de la même discussion M. Cretet demanda si le mari pourrait être contraint par corps pour les obligations commerciales de la femme (1), mais cette question

1. Fenet, IX, p. 77.

fut écartée comme ne rentrant pas dans le sujet que l'on discutait, après une brève réplique de Tronchet en faveur de la négative (1).

1. Lorsque nous étudierons l'inaliénalité des immeubles dotaux, nous aurons à exposer les discussions qui se produisirent à ce sujet au Conseil d'Etat.

CHAPITRE II

AUGMENTATION DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE DEPUIS LA PROMULGATION DU CODE DE COMMERCE

Depuis la promulgation du Code de commerce, notre législation n'a rien fait pour améliorer d'une façon directe, la situation de la femme commerçante, si celle-ci a vu parfois sa capacité augmenter, c'est d'une façon indirecte et en vertu de lois qui ne la visaient pas spécialement mais qui l'atteignaient par contre-coup (1). C'est ainsi que la loi du 22 juillet 1867, en abolissant la contrainte par corps, lui a permis d'échapper à cette conséquence redoutable de ses obligations commerciales. La loi du 6 février 1893 en donnant à la femme séparée de corps la pleine capacité civile, a permis à la femme commerçante séparée de corps de recouvrer la capacité qu'elle possédait avant son mariage.

D'autres textes qui visent à sauvegarder les gains de la

1. Abstraction faite des lois qui lui accordent l'électorat dans certains cas mais qu'on ne peut guère considérer comme une extension de la capacité.

femme laborieuse, ont permis à la femme commerçante de soustraire aux dilapidations de son mari une partie de ses ressources, ce qui présente un grand intérêt lorsqu'elle n'est à la tête que d'un petit commerce : la loi du 9 avril 1881, complétée par celle du 20 juillet 1885 lui permet, quel que soit son régime matrimonial, de se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne sans l'assistance de son mari et de retirer seule et sauf opposition de ce dernier, les sommes déposées.

En vertu de la loi du 20 juillet 1886, elle peut effectuer ses versements à la caisse des retraites et cela encore sans autorisation du mari.

La loi du 1er avril 1898 lui permet de devenir membre d'une société de secours mutuels.

Enfin l'ingénieuse théorie jurisprudentielle du mandat tacite, en reconnaissant à la femme un pouvoir propre en matière domestique, contrairement à la lettre de la loi qui interdit toute activité économique de la femme, intéresse aussi la femme commerçante lorsqu'elle agit pour les besoins du ménage.

Il faut arriver à 1907, pour trouver dans notre législation, une loi qui augmente d'une manière assez considérable la capacité de la femme mariée commerçante.

De nombreuses législations nous avaient précédé dans cette voie. On avait reconnu dans beaucoup de pays, la nécessité qui, en présence du formidable accroissement du travail féminin, s'imposait de soustraire au mari les gains et les salaires de la femme. Après un premier essai du 9 août 1870, assurant à la femme une propriété exclusive, un droit absolu de disposition et une capacité générale de contracter sur tous ses gains et salaires provenant d'une profession exercée en dehors de celle de son mari, l'Angle-

terre n'avait pas hésité par la loi du 18 août 1882 à faire de la séparation de biens le régime normal entre les époux.

Plus circonspectes s'étaient montrées les législations continentales. La loi danoise du 7 mai 1888 ne laissait à la femme que le droit de disposer de ses salaires et des fruits de son industrie ainsi que des économies réalisées sur tous ses gains et sur les biens acquis avec ces économies, ne créant ainsi qu'une séparation de biens partielle. La loi norvégienne du 29 juillet 1888, la loi italienne du 27 mai 1895, le Code civil allemand de 1900, la loi genevoise du 7 novembre 1894, la loi finlandaise du 15 avril 1889 adoptaient les mêmes principes tout en différant par quelques applications de détail. Enfin la loi belge du 10 mars 1900, plus timide encore, ne visait dans son article 30 que les salaires ou les rémunérations inférieures à 3.000 francs.

En France, depuis longtemps, une intervention du législateur dans le même sens, était souhaitée. Dès les 27 février et 6 mars 1886, dans un mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques (1), M. Glasson amorçait la réforme en montrant que la séparation de biens est inapplicable aux ménages ouvriers et en proposant une double réforme : simplifier la procédure de la séparation de biens et donner à la femme le droit de saisir-arrêter les salaires de son mari.

Sous les auspices de la « ligue pour la natalité en France » et avec la collaboration de M. Jalibert, une proposition de loi fut établie pour permettre à la femme, au cas d'abus du mari, d'agir devant le juge de paix pour

1. Année 1886, 1er sem., p. 843.

obtenir une séparation de biens partielle. Reprise par MM. Jourdan, Dupuy, Dutemps et Montaud, cette proposition fut déposée le 22 juillet 1890 (1) ; puis, après l'expiration de la législature, déposée de nouveau le 9 juillet 1894 (2), le même jour que la proposition Goirand (3). Cette nouvelle proposition était inspirée par un projet établi en 1893 par Mlle Jeanne Chauvin sur les indications de la Société de l' « Avant-Courrière ».

Une combinaison des deux textes fut votée sur le rapport de M. Goirand par la Chambre le 27 février 1896 (4) mais l'exposé des motifs et le rapport montrent que la femme commerçante est en dehors de la réforme, de plus, le texte voté ne s'applique qu'aux gains et non aux économies et aux biens acquis grâce à ces économies et qui tombent dans la communauté.

La question fut reprise en 1901 à la Société d'études législatives. Une discussion très longue et très documentée eut lieu autour d'un projet de loi établi par M. Tissier. On décida de comprendre la femme commerçante dans la réforme. On fit valoir en faveur de cette solution l'exemple des législations étrangères, le fait que certains renseignements recueillis auprès de personnes compétentes montraient que les abus dans la classe ouvrière étaient beaucoup moins fréquents qu'on ne le croyait (5), et enfin le respect et la protection qu'on devait au travail de la femme qu'on appela même « droit sacré », sans distinguer la profession qu'elle pouvait exercer.

1. *J. o.* Ch. Dép. 1890. D. P. Annexes n. 862, p. 1629.
2. *J. o.* Ch. Dép. 1894. D. P. Annexes n. 803, p. 1135.
3. *J. o.* Ch. Dép. 1894. D. P. Annexes n. 801, p. 1133.
4. *J. o.* Ch. Dép. 1895. D. P. Annexes n. 1609, p. 1472.
5. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 51, 106, 211.

Cette extension fut, du reste, vivement combattue par M. Thaller. Le savant et regretté professeur fit valoir la nature mixte des bénéfices commerciaux, de sorte qu'une ventilation d'une nature particulièrement délicate s'imposerait. On lui objecta que son argumentation ne portait pas lorsque la femme faisait uniquement le commerce avec les biens que l'on venait de déclarer « réservés », c'est-à-dire avec les économies prélevées sur les salaires qu'elle avait précédemment gagnés, et que, de plus, la situation n'était pas nouvelle et était comparable à celle de la femme séparée de biens qui, sous le Code civil, faisait le commerce avec les fonds avancés par son mari. Enfin, il serait singulier d'écarter de la réforme une catégorie de femmes laborieuses que la législation impériale avait déjà favorisée.

La première proposition de loi déposée après cette discussion reproduisit la solution de M. Tissier (1). Son auteur était M. Grosjean mais elle écartait le cas où le commerce était alimenté par le mari (2). Mais cette restriction ne passa pas dans le texte qui fut définitivement voté et qui permet à toutes les femmes exerçant une profession lucrative quelconque de se prévaloir du bénéfice de la nouvelle loi (3).

1. *J. o.*, 1905. Ch. dép. D. P. Annexes n. 2280, p. 441.

2. Solution analogue à celle de la loi danoise et de la loi norvégienne.

3. Nous reviendrons avec de plus amples détails sur l'économie de la nouvelle loi et sur son application à la femme mariée commerçante.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CRÉATION D'UNE MAISON DE COMMERCE DIRIGÉE PAR UNE FEMME MARIÉE

Dans cette partie, nous étudierons la création d'un commerce par la femme mariée. Cette création peut être postérieure au mariage, lorsque la femme mariée qui, auparavant, était sans profession ou qui exerçait un autre métier, décide de faire dorénavant du commerce, elle peut aussi être concomitante au mariage, lorsque la femme était déjà commerçante. A vrai dire, il n'y a pas exactement dans ce cas une création, et le mot peut paraître impropre, nous l'employons toutefois, parce que, dès que le mariage a été célébré, le commerce qui était dirigé par une jeune fille, subit de ce fait une modification, la personne qui est à sa tête, passant sous l'autorité de son mari ; s'il n'y a pas création proprement dite d'un commerce, il y a création d'un commerce dirigé par une femme mariée.

Dans cette étude nous distinguerons deux cas, suivant que la femme mariée est seule à la tête de son commerce ou qu'elle est associée avec d'autres personnes.

SECTION I

La femme mariée est seule à la tête du commerce

Lorsque la femme mariée est seule à la tête de son commerce, elle doit remplir certaines obligations pour pouvoir commencer son exploitation commerciale. Elle doit d'abord acquérir la qualité de commerçante ce qui requiert d'abord, que son commerce soit nettement distinct de celui de son époux et ensuite que son époux lui donne l'autorisation. Elle doit ensuite, dans l'intérêt des tiers et ce, avant de commencer son exploitation, procéder à certaines publications et choisir le nom sous lequel elle abritera ses opérations commerciales.

Nous allons étudier ces diverses obligations dans les quatre chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER

DU COMMERCE SÉPARÉ

L'article 5 C. com. reproduisant l'article 220 C. civ. décide que la femme n'est réputée marchande publique que lorsqu'elle fait un commerce séparé. Le Code accepte donc sur cette question, avec quelques différences toutefois, les solutions de nos anciennes coutumes.

Le législateur a estimé, en effet, qu'il y avait lieu de présumer, qu'au cas d'exploitation en commun, c'est le mari qui est le chef de cette exploitation. La femme ne fait alors que prêter son concours à son époux en détaillant les marchandises ; elle accomplit son devoir d'épouse en cherchant à accroître le bien-être et la prospérité du ménage. Il est conforme à la vérité de présumer qu'en agissant ainsi, elle n'a jamais eu l'intention de s'engager vis-à-vis des créanciers commerciaux de son mari. Du reste, en édictant une règle contraire, le législateur aurait très souvent empêché cette collaboration des deux époux. Pour conserver ses biens libres de toute obligation, la femme se serait abstenue d'apporter son aide à son mari et aurait évité tout acte pouvant être interprété comme une immix-

tion dans son commerce, et cela, au grand préjudice de la prospérité de ce commerce.

Que faut-il entendre par commerce séparé ? Doit-on exiger, comme dans les anciennes coutumes, que les marchandises qui font l'objet du commerce de la femme soient différentes de celles qui font l'objet du commerce du mari, ou suffit-il que les deux boutiques soient suffisamment distinctes l'une de l'autre pour qu'aucune confusion ne soit possible ? Le Code de commerce a adopté la deuxième solution. Cela résulte de la rédaction même de l'article 5, dont le deuxième alinéa exige seulement un commerce séparé sans ajouter « et autre » comme la coutume de Paris. Quant à la question d'apprécier s'il y a vraiment commerce séparé, ce sera une question de fait soumise aux juges de la cause (1) et la preuve sera susceptible d'être administrée par tous les moyens possibles : témoignages, présomptions, etc. C'est ainsi que la Cour de Besançon (2) considère que l'imposition personnelle de la femme à la patente est une de ces présomptions et la Cour de Rouen que cette preuve peut résulter du bail du magasin de la femme, des quittances du loyer, d'une comptabilité distincte et d'un certificat de notaire (3). Il en est de même lorsque le mari et la femme font le commerce sous deux raisons sociales différentes.

Quel est le caractère de la présomption établie par l'article 220 C. civ. et 5 C. com. ? Est-ce une présomption *juris tantum* susceptible de tomber devant la preuve contraire ou une présomption irréfragable *juris et de jure* ? En d'au-

1. Req., 27 mars 1832.

2. Besançon, 13 février 1914, D. 1915. 2. 42 mais cela ne suffit pas. Cass., 14 mai 1912, S. 1912. 1. 328.

3. Rouen, 21 juillet 1913. D. 15. 2. 42.

tres termes, peut-il exister des cas où, quoiqu'il n'y ait pas commerce séparé, la femme puisse devenir commerçante? Pendant longtemps la doctrine et la jurisprudence ont été d'accord pour considérer comme absolue la présomption établie par l'article 5 du Code de commerce et elles ont refusé à la femme la qualité de commerçante dans tous les cas où il y avait coopération des deux époux et cela sans distinguer suivant le genre de cette coopération (1). Certains arrêts ont même qualifié cette présomption de présomption *juris et de jure* (2). Il résulterait de cette opinion que deux solutions seulement sont possibles : ou la femme fait un commerce séparé et alors elle est commerçante, ou elle et son mari participent au même commerce et alors quelle que soit sa situation dans ce commerce elle est présumée être la factrice de son mari. Pour justifier une telle décision, on s'appuyait sur la négation « ne... que » de la fin de l'alinéa 2 de l'article 5 « elle *n*'est réputée telle *que* lorsqu'elle fait un commerce séparé » d'où il ressortait, disait-on, que le législateur avait écarté toute production de preuve tendant à faire tomber la présomption qu'il avait établi.

Mais un revirement s'est produit et des arrêts plus récents voient dans la présomption de l'article 5 une présomption *juris tantum* susceptible de tomber devant la preuve con-

1. Bravard, I, p. 92 ; Delamarre, I, n. 64 ; Demolombe, IV, n. 202 ; Massé, II, n. 1110 ; Rodière et Pont, II, n. 799 ; Pardessus, I, n. 65 ; Cass., 6 mai 1816 ; Paris, 7 février 1835, S. 1835. 2. 512 ; Cass., 27 fév. 1875. D. 1875. 1. 297 ; Dijon, 22 décembre 1875. S. 1876. 2. 79 ; Dijon, 22 décembre 1877. D. 1877. 5. 102 ; Cass., 19 janv. 1881. D. 1882. 1. 63 ; Cass., 10 mai 1882. *P. fr. chron* , VI. 1. 112. D. 1883. 1. 112.

2. Montpellier, 5 mai 1906. D. 1906. 2. 217 ; Toulouse, 29 mai 1908. *Gaz. Trib.*, 1909. 2. 14.

traire. En effet, quels sont les motifs de la décision du législateur? Il a eu uniquement en vue la protection de la femme, il a voulu la soustraire, elle et ses biens, aux conséquences parfois désastreuses du commerce et éviter que le mari ne puisse indirectement avoir le droit d'engager les biens de son épouse ; de plus, il a raisonné sur le cas général dans lequel la femme qui aide son mari n'est ni la patronne, ni l'associée de son époux. Or, il peut y avoir des situations dans lesquelles la loi irait contre son but même si on l'interprétait strictement et où la présomption, si elle était irréfragable, aboutirait à des résultats contraires aux intérêts bien entendus de la femme. L'exemple est classique : une femme non mariée dirige un commerce prospère, elle est commerçante sans aucun doute, supposons qu'elle épouse un de ses employés. Si la présomption de l'article 5 est irréfragable, il faut en conclure que, aussitôt après son mariage, la femme perd la qualité de commerçante pour devenir la factrice de son mari qui, lui, prend la direction de l'exploitation (1). Le législateur n'a pu vouloir obtenir des résultats aussi injustes. Il appartient donc aux juges du fait d'admettre des exceptions et de reconnaître, suivant les cas, la qualité de commerçante à la femme mariée. C'est ainsi que nous admettrons que lorsque le mari exerce une fonction incompatible avec l'exercice du commerce, avocat, officier ministériel, etc.,

1. C'est pourtant ce que n'a pas hésité de décider la Cour de Besançon le 11 mars 1873. D. 1873. 1. 296 : « ne peut être considérée comme commerçante la femme qui, après avoir exploité seule un fonds pendant son veuvage, a exploité ce fonds conjointement avec son deuxième mari, bien que celui-ci ne fût pas commerçant antérieurement à son mariage et qu'il n'eût ni livre, ni patente, ni marchandises ».

la femme doit être réputée seule commerçante malgré que son époux lui prête son concours.

Dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, on peut donc distinguer cinq cas : 1° le fonds est au nom du mari. La présomption est alors irréfragable (1). Seul le mari est commerçant. L'arrêt invoqué parfois par l'opinion contraire se réfère à la troisième hypothèse (2); 2° le fonds est au nom de la femme. Si le mari coopère à l'exploitation du fonds, l'article 5 s'applique et la femme est présumée n'être que la factrice de son mari, mais la preuve contraire par tous moyens est admise, et la femme pourra prouver qu'elle seule est commerçante et que son mari est seulement un employé (3); 3° les deux époux coopèrent en s'obligeant avec les tiers. Nous retrouverons ce cas lorsque nous étudierons la Société ; 4° il y a deux fonds de commerce, mais l'un d'eux est une succursale de l'autre. Nous retombons alors suivant les circonstances dans les deux premiers cas; 5° les deux fonds sont séparés. L'article 5 s'applique, les deux époux sont commerçants même s'ils vendent les mêmes marchandises.

1. Thaller, 5e éd., p. 125.

2. Req., 5 mai 1857; *J. Pal.*, 1859, 288.

3. Lacour, n. 120 ; Lalou, note D. 1915. 2. 41 ; Lyon, 5 février 1881. D. 1881. 2. 192 et Rouen, 6 février 1882. S. 1882. 2. 254 qui exigent des preuves nettes précises ; Nîmes, 18 décembre 1886 et Cass., 12 juillet 1887. S. 87. 1. 384 ; Req., 5 novembre 1900. D. 1901. 1. 403 ; Cass., 23 mai 1900. S. 1901. 1. 278. D. 1901. 1. 463 ; Req., 21 octobre 1901. S. 1901. 1. 520 ; Rouen, 6 août 1902. *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 674 ; Tr. de Villefranche, 3 décembre 1904 ; Aix, 11 août 1906. *La Loi* 5 septembre 1906; Rouen, 25 février 1907 ; Rec. Rouen, 1907. 271 ; Rouen, 11 novembre 1908. D. 1909. 5. 2 ; Rouen, 24 février 1909 ; Rec. Havre, 1902. 2. 16. Il existe pourtant encore quelques dissidences : Montpellier, 5 mai 1906. S. 1908. 2. 6. D. 1906. 2. 217 ; Toulouse, 29 mai 1908. *Gaz. trib. Midi*, 28 juin 1908. *Gaz. trib.*, 1909. 2. 14.

Presque toutes les législations étrangères adoptent une solution identique à celle de la loi française : Danemark, loi du 7 mai 1880; Norvège, loi du 29 juillet 1888; Angleterre, loi du 9 août 1870, art. 1; Suède, loi du 11 décembre 1874; Finlande, loi du 15 avril 1889; Genève, loi du 7 novembre 1894, Code civil allemand, art. 1366.

CHAPITRE II

DE L'AUTORISATION

La femme mariée ne peut, étant donnée son incapacité générale, exercer le commerce sans y être habilitée. L'article 4 C. com. exige une autorisation du mari, mais le législateur n'a pas prévu d'une manière explicite si, le cas échéant, l'autorisation de la justice pourrait suppléer à l'autorisation du mari et, sur ce point, de graves divergences se sont élevées entre la doctrine et la jurisprudence. Nous examinerons donc dans deux paragraphes les règles auxquelles obéissent l'autorisation du mari et celle de la justice.

§ 1. — AUTORISATION DU MARI

L'article 4 C. com., auquel nous avons déjà fait allusion, n'envisage que le cas général c'est-à-dire le cas où les deux époux sont majeurs et jouissent de tous leurs droits civils. Nous devrons aussi étudier les cas particuliers qui peuvent se présenter dans la pratique et chercher la solution afférente à chacun d'eux.

A. — Les deux époux sont majeurs

D'après le Code de commerce (art. 4) : « La femme ne peut être marchande publique (1) sans le consentement de son mari ». Cette disposition constitue une dérogation aux principes énoncés par le législateur dans le chapitre VI du titre V du Code civil. Pour habiliter la femme à faire un acte qui normalement sort de sa capacité, le Code civil exige une « autorisation », tandis que pour lui permettre de faire du commerce, le Code de commerce se contente du « consentement ». Cette différence de terme n'est pas involontaire. En se servant du mot « consentement » au lieu du mot « autorisation » qui a quelque chose de plus solennel, le législateur a voulu indiquer que le consentement du mari peut n'être que tacite et qu'une autorisation formelle ou littérale n'est pas nécessaire. L'adage *Patientia pro consensu habetur* est encore en vigueur dans le cas qui nous occupe. Du moment que le mari tolère une situation qu'il ne peut ignorer, il est censé être consentant. *Qui prohibire potest et non prohibet consentire videtur*. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point et admettent la validité d'une autorisation tacite (2).

Si on compare la situation de la femme mariée mar-

1. Le Code emploie une vieille expression, peu usitée actuellement, mais dont le sens est très précis. Marchande publique signifie toute profession ayant un caractère commercial.

2. Aubry et Rau, V, § 472, n. 62 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Des personnes, III, n.2259 ; Demolombe, IV, n. 197 ; Demante, I, p. 80 ; Huc, II, 264 ; Laurent, III, 123 ; Lyon-Caen et Renault, I, 345 ; Planiol, I, 956 ; Req., 27 mars 1832. S. 1832. 1. 365, D. 1832. 1. 168 ; Req., 27 avril 1841. S. 1841. 1. 385. D. 1841. 1., 229 ; Req., 31 mai 1875, D. 1876. 1. 390 ; Req., 1er mars 1897, S. 97. 1. 352.

chande publique avec celle du mineur commerçant, on constate que la loi établit entre eux une grande différence : alors que pour être habilité à faire le commerce le mineur doit obtenir une autorisation formelle qui doit être enregistrée et affichée, la femme sera réputée autorisée par ce seul fait qu'elle exerce publiquement son commerce et cela dans des conditions telles que son mari ne puisse l'ignorer (1).

Pour justifier une telle différenee de traitement, on a fait valoir qu'en principe le mineur n'est habile à aucun acte juridique. Pour lui, l'incapacité est la règle, la capacité l'exception, il faut donc un acte formel pour l'habiliter, et, comme son commerce le mettra en relations avec des tiers, l'intérêt de ceux-ci exige qu'un tel acte soit porté à la connaissance de tous d'une manière non équivoque et ne permettant aucune confusion. La femme, au contraire, jouit d'une capacité complète, égale, en principe, à celle de l'homme, la différence de sexe n'entraînant aucune infériorité aux yeux de la loi. Si la femme mariée n'a pas les mêmes droits, ni les mêmes pouvoirs, c'est dû à la volonté du législateur qui, considérant le mariage comme une sorte de société, a voulu lui donner un chef dans la personne du mari et a restreint les droits de l'épouse. Mais l'aptitude de cette dernière à exercer ces droits reste entière, si sa capacité est en quelque sorte latente, et, aux yeux du législateur commercial elle est censée recouvrer ces droits du moment où elle agit publiquement (2).

1. Nous examinerons plus loin la question de savoir si la loi du 19 mars 1919 n'a pas supprimé l'autorisation tacite.

2. Bédarride, I, n. 106.

Nouguier (1) a fait aussi remarquer que la femme mariée vit habituellement avec son mari qui voit ce qu'elle fait et qui peut intervenir immédiatement pour empêcher la naissance ou la continuation du commerce de sa femme s'il ne veut pas l'autoriser. Mais on a objecté, avec juste raison, que la situation est parfois identique pour le mineur qui peut exercer son commerce dans la maison paternelle, et qui, malgré cela, est astreint aux mêmes formalités de publication que les autres mineurs. De plus, le raisonnement de Nouguier fondé sur le cas général, pèche par la base lorsque la femme ne fait pas le commerce au domicile de son mari (2).

Ce consentement qui est exigé du mari, est un attribut de la puissance maritale. La loi a fait du mari le chef de la famille. C'est lui qui est chargé de sa direction. Il a la garde de ses intérêts pécuniaires et moraux. Or l'exercice d'un commerce met la femme en contact avec des tiers. Pour veiller aux intérêts de son négoce, elle sera obligée de quitter, ne serait-ce que temporairement, le domicile conjugal et pourra être amenée à confier le soin de ses enfants à des étrangers. Il y a là une situation qui ne doit pouvoir se créer que si le mari, protecteur naturel de ses enfants et chef du foyer, y consent. De plus, l'exercice d'un commerce comporte certains périls. Les affaires de la femme peuvent être mal engagées et la faillite constitue une éventualité redoutable à laquelle son sexe ne la soustrait pas. Le mari dans l'intérêt de ses enfants, et pour l'honneur du nom qu'il leur transmettra, doit avoir le droit de s'opposer au commerce de son épouse s'il estime

1. I, p. 255.
2. Bédarride, I, n. 110.

qu'elle n'a pas les capacités nécessaires. Il y a donc des raisons très sérieuses d'ordre moral qui justifient l'intervention du mari quel que soit le régime matrimonial sous lequel les époux sont mariés et cela même s'ils sont séparés de biens. En vain objecterait-on, que, dans ce cas, le mari n'a rien à craindre des conséquences des obligations de la femme. Celle-ci n'en est pas moins tenue de le consulter car les intérêts pécuniaires des enfants sont en jeu. Seule, la femme séparée de corps n'aura aucune autorisation à demander puisqu'elle jouit de la pleine capacité civile.

Du fait que le fondement de cette exigence se trouve dans l'autorité maritale, il en résulte que, tant que l'autorité maritale subsistera, la femme devra se faire autoriser même si certaines déchéances ont atteint le mari, à condition toutefois que ces déchéances n'atteignent pas le mari dans sa qualité de chef de la famille. C'est ainsi que la mise en faillite du mari n'entraînant pas la disparition de la puissance maritale, le mari failli reste habile à autoriser sa femme (1).

Du fait que le consentement du mari peut être tacite, il s'ensuit que, dans la pratique, il pourra y avoir des difficultés pour décider de la réalité d'un tel consentement. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître qu'il y a là une question de fait que les juges doivent apprécier eu égard aux circonstances de la cause (2). Les tribunaux constatent généralement dans leurs motifs

2. Cass. 27 avril 1881. *J. Trib. Com*, 1881, p. 610.

1. Alauzet, I, 294; Bédarride, I, n. 208; Beslay, I, n. 323; Bravard, I, p. 95; Lyon-Caen et Renault, I, n. 245; Massé, II, n. 1108; Toullier, XII, n. 1241; Cass., 31 mai 1875. D. 1876. 1. 390.

que le commerce est fait publiquement et sans opposition du mari. Parfois, ils emploient, du reste, la vieille expression « au vu et su du mari » tirée de nos anciennes coutumes (1).

Le mari, en donnant son autorisation, peut naturellement y mettre les conditions qu'il estime nécessaires. Cette autorisation peut donc être conditionnelle et imposer à la femme certaines obligations comme celle de faire le commerce sous son nom de jeune fille (2). Elle peut aussi être limitée à un commerce déterminé et il en est ainsi lorsqu'elle est tacite car elle existe alors pour le commerce que fait actuellement la femme, commerce nettement limité et déterminé et non pour ceux qu'elle peut avoir l'intention d'exercer. Enfin l'autorisation peut être donnée d'une manière générale, c'est-à-dire sans désignation particulière du commerce que la femme peut exercer ni des opérations auxquelles elle pourra se livrer.

Du fait que le mari autorisant sa femme à faire le commerce, l'autorise *ipso facto* à faire tous les actes relatifs à ce commerce, on a cru pouvoir en déduire qu'une telle autorisation était donnée par anticipation. Ce n'est pas absolument exact, ainsi que M. Thaller l'a fait remarquer : une autorisation anticipée équivaudrait de la part du mari à une renonciation aux pouvoirs que la loi lui a octroyés ; or, une telle renonciation ne peut être sous-entendue dans l'acte d'autorisation. Celui-ci ne contient qu'une approbation des actes de la femme qui vaudra jusqu'au moment où

1. Cass. 27 mars 1832, S. 1832. 1. 365. D. 1832. 1. 168 ; Cass. 27 avril 1841, S. 41. 1. 385.

2. Paris, 19 avril 1866.

3. Alauzet, I, 294.

le mari manifestera une volonté contraire. Son adhésion est muette mais à cela près elle se produit comme en droit civil (1).

L'article 4 du C. com. n'a-t-il pas été implicitement modifié par la loi de 1907? D'après M. Pichon, il faut répondre par l'affirmative (2), notamment lorsque la femme veut faire le commerce avec ses biens réserves. L'article 1 de la loi donne, en effet, à la femme le droit de disposer de ses biens réservés en toute liberté, exception faite des contrats à titre gratuit, or, ne serait-il pas « contradictoire de permettre à la femme de disposer de ses gains et de lui refuser le droit d'exercer sans autorisation une profession où elle peut se créer des bénéfices? » Si l'on objecte qu'aucune stipulation de la nouvelle loi n'abroge dans ce cas l'article 4 C. comm. et que rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que telle a été la volonté du législateur, il est facile de répondre qu'on a souvent vu une disposition nouvelle infirmer partiellement un principe ancien, sans que le législateur l'ait expressément voulu. Une loi, une fois votée, a sa force et sa vie en elle-même et on doit développer les conséquences qu'elle comporte alors même que ses auteurs ne les auraient pas prévues.

Il ne nous paraît pas possible d'adopter une telle opinion, même en la restreignant au cas le plus favorable où la femme ne fait le commerce qu'avec ses biens réservés. En effet, le législateur de 1907 ne s'est pas occupé des questions qui influent plus encore sur la personnalité de la femme que sur l'administration de ses biens, il n'a pas voulu toucher sur ce point au droit antérieur, ni modifier

1. *Rev. crit.* 1882, p. 246.
2. Pichon, p. 407.

les droits du mari en tant que chef de famille. Or, ainsi que nous l'avons vu, la nécessité pour la femme d'obtenir le consentement de son mari pour faire le commerce est une conséquence de la puissance maritale à laquelle la loi de 1907 ne prétend pas toucher. Quelles que soient les conventions matrimoniales et les dispositions de la nouvelle loi, la femme demeure soumise au devoir d'obéissance et le mari conserve le droit d'intervenir avant que sa femme puisse se mettre en rapport avec des tiers et contracte des obligations qui peuvent l'acculer à la liquidation judiciaire ou à la faillite. Les travaux préparatoires de la loi de 1907 apportent un argument, en faveur de cette opinion. Dans son rapport à la Société d'Etudes législatives, M. Tissier avait émis le vœu que le législateur, en donnant à la femme la libre disposition des produits de son travail, lui donnât en même temps le droit au travail « la protection du salaire impliquant la protection préalable du droit de travailler ». Et il proposait en conséquence de modifier les textes du Code civil et du Code de commerce de telle sorte que la femme pût engager ses services, se livrer à une profession, à un commerce séparé, malgré l'opposition injuste du mari (1). Ce vœu resta purement platonique et rien ne montre que le législateur l'ait entendu.

De plus l'article 1 de la loi ne dit pas ce que M. Pichon veut lui faire dire. La simple lecture de l'alinéa 2 : « Elle peut en faire emploi... » montre qu'il s'agit uniquement de placements et non d'entreprises. Des considérations pratiques conduisent aussi à l'adoption d'une telle opinion. Il est logique, en effet, d'exiger que les mêmes conditions

1. *B. S. E. L.* 1901-02. Rapport Tissier, p. 49 et 50.

d'habilitation soient imposées aux femmes mariées qui veulent entreprendre un commerce, et on ne peut obliger les tiers à s'enquérir avant de traiter avec une commerçante mariée si elle fait ou non le commerce avec ses biens réservés (1).

Enfin, la loi du 19 mars 1919 sur la création de registres de commerce, nous paraît apporter dans son article 4-6° la confirmation de cette opinion. Il résulte, en effet, de cet article, que la femme mariée doit présenter l'autorisation de son mari, lorsqu'elle requiert son inscription sur les registres du commerce. Or ce texte ne fait aucune destination d'après la nature des biens affectés au commerce et renvoie dans tous les cas à l'article 4 C. com.

La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer expressément sur la question mais un arrêt postérieur à 1907 affirme sans faire aucune distinction que l'autorisation du mari est nécessaire (2).

Du reste, dans la pratique, la femme qui ferait le commerce avec ses biens réservés et sans l'autorisation de son mari, pourrait être considérée comme tacitement autorisée si son exploitation était publique et connue du mari. Ce dernier n'aurait la ressource que d'interdire à sa femme la continuation de son exploitation, mais il se heurterait alors aux difficultés que nous aurons l'occasion d'étudier au chapitre de la révocation de l'autorisation.

Les législations étrangères qui ont organisé en faveur de la femme un régime analogue à celui que consacre la loi

1: En ce sens Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, n. 2267; Bernard et Bonnecase, p. 13; Colin et Legrand, n. 166; Depinay, février 1908, p. 166; Lalou, n. 15; Mesnard, p. 345.

2. Bordeaux, 19 janvier 1912. *Rev. jur. com.*, 1912, p. 179.

de 1907 contiennent des dispositions formelles exigeant l'autorisation du mari pour que la femme puisse louer ses services ou exercer une profession. La loi belge du 10 mars 1900 article 29 admet l'autorisation expresse ou tacite du mari. De même, l'article 167 du Code civil suisse et 1358 du Code allemand. Ce dernier Code toutefois, n'exige pas une autorisation préalable. Il sous-entend l'autorisation du fait que le mari n'a fait aucune opposition à l'inscription de sa femme sur les registres du commerce. Le Code civil italien de 1882, article 135, n'exigeait pas l'autorisation maritale, lorsque le mari était « absent, indigne ou incapable », c'est-à-dire lorsqu'il était absent, mineur, interdit, condamné à une peine plus grande qu'un an d'emprisonnement ou qu'il existait un jugement de séparation de corps prononcé contre lui. Dans les autres cas, l'autorisation du mari était nécessaire mais elle pouvait être tacite.

B. — Mari majeur, femme mineure

Le législateur ne semble pas avoir prévu cette situation. Rien dans les travaux préparatoires ne se réfère à ce cas particulier. On en est donc réduit à chercher une solution découlant des principes, mais l'opinion n'est unanime ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence.

Dans un premier système qui est le plus ancien, on admet que l'article 4 C. com. se suffit à lui-même. Il ne fait aucune distinction entre les femmes mariées, de sorte que l'autorisation du mari est suffisante quel que soit l'âge de la femme. Il n'y a pas à appliquer l'acticle 2 C. com., car l'autorisation qu'il exige pour habiliter le mineur à faire le commerce, a sa source dans la puissance paternelle. Or,

le mariage d'une femme mineure, en l'émancipant, fait disparaître totalement l'autorité que ses parents possédaient sur elle. La puissance maritale remplace désormais la puissance paternelle dont il ne reste plus de traces. Si, par l'émancipation ordinaire les parents n'abandonnent qu'une partie de leurs pouvoirs de sorte qu'une nouvelle autorisation sera indispensable pour que leur enfant mineur soit habile à faire le commerce, il en est autrement de celle résultant du mariage, dans ce cas, ils transmettent leur autorité toute entière au mari. Il s'ensuit que les autorisations que les parents auraient données si leur fille ne s'était pas mariée, ne doivent émaner maintenant que du mari (1).

Dans le système contraire, on soutient que la femme mariée mineure qui veut faire le commerce est frappée d'une double incapacité : incapacité en raison de son âge et incapacité en raison de sa qualité de femme mariée. Pour qu'elle puisse acquérir la qualité de commerçante, il faut qu'elle se fasse relever de ces deux incapacités. L'autorisation du mari prévue par l'article 4 du C. com. ne peut suffire car, en promulguant cet article le législateur a eu seulement pour but de relever la femme de son incapacité de femme mariée et non de son incapacité *propter ætatem*. Si elle obtient une pareille autorisation, elle aura les mêmes droits que si elle n'était pas mariée, c'est-à-dire les droits d'une mineure émancipée. Pour pouvoir faire le commerce, elle devra, de plus, satisfaire aux conditions exigées par l'article 2 C. com., c'est-à-dire avoir plus de 18 ans, être autorisée de son père, de sa mère ou

1. Ruben de Conder, n. 35 ; Grenoble, 17 février 1826. D. 1826. 2. 137. S. 1826. 2. 250 ; Req., 3 août 1859. S. 1859. 1. 801. D. 1859. 1. 419.

du conseil de famille suivant les cas et avoir fait enregistrer et publier l'acte d'autorisation. Du reste, si l'article 4 C. com. est écrit en termes généraux et ne semble pas prévoir d'exception il en est de même de l'article 2 C. com., qui est conçu en termes encore plus formels : « *Tout* mineur émancipé ... ». Cette opinion est celle de la quasi-unanimité de la doctrine (1) et quelques arrêts existent en sa faveur (2).

Ce système nous paraît devoir être adopté car c'est celui qui concilie le mieux les textes et les intérêts en présence ; de plus, dans le système contraire on aboutit à des résultats paradoxaux qui doivent le faire rejeter. Si on décide en effet, que la femme mariée mineure peut faire le commerce avec le seul consentement de son mari et sans l'autorisation de ses parents on fait produire au mariage des résultats différents suivant le sexe des époux, car il est admis par tout le monde que le mineur même marié ne peut faire le commerce qu'avec l'autorisation de sa famille. Dans un cas, celui de la femme, l'autorité paternelle disparaîtrait par suite du mariage, dans l'autre, celui du mari, elle sub-

1. Alauzet, I, n. 295 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des pers.*, III, n. 2265 ; Bédarride, I, n. 119 ; Beslay, n. 308 ; Bravard, p. 90 ; Delamarre, n. 61 ; Demante, n. 301 *bis* ; Demolombe, IV, n. 249 ; Duranton, II, n. 476 ; Guyon, p. 57 ; Lyon-Caen et Renault, I, n. 246 ; Lacour, n. 105 ; Pardessus, I, n. 61. Massé a changé d'opinion sur la question. Dans le *Dictionnaire du contentieux commercial*, il a soutenu que l'autorisation du mari suffisait (femme n. 3) et dans son ouvrage de droit commercial, II, n. 1114, il a adopté l'opinion contraire.

2. Ile Maurice, 1er juin 1819. S. chr. VI. 2. 80 ; Paris, 15 février 1838. D. 1838. 2. 125 ; Paris, 3 avril 1861. D. 1861. 5. 83 ; Paris, 20 février 1872. *J. t. c.* 1872, p. 259 ; Poitiers, 5 mai 1880. D. 1880. 5. 83 (décision implicite) ; Douai, 7 mars 1882. D. 1883. 2. 14.-Tr. com. Seine, 2 mars 1881, *Le droit*, 18 mars 1881.

sisterait. On aboutirait aussi à ce singulier résultat que le mineur marié ne pourrait pas hypothéquer ses immeubles pendant le mariage sans être autorisé de ses parents alors qu'il en serait autrement de son épouse. Nous déciderons donc que lorsque la femme mariée désire se mettre à la tête d'une maison de commerce elle doit solliciter deux autorisations : celle du mari conformément à l'article 4 C. com. et celle de sa famille conformément à l'article 2.

C. — Mari mineur, femme majeure

Le cas que nous allons étudier, semblable en cela au cas précédent, n'a pas été prévu par le législateur. Du reste, il semble que dans la vie courante, étant donné que, généralement, le mari est plus âgé que la femme, la situation qui nous occupe ne se présente pas souvent. A notre connaissance, il n'existe aucun arrêt sur cette question. Il semble donc que nous nous trouvons en présence d'un problème dépourvu d'intérêt pratique et sur lequel seules des controverses doctrinales peuvent se faire jour.

D'après certains auteurs (1), il faudrait attendre la majorité du mari pour que la femme puisse faire le commerce. En effet, disent-ils, le mari ne peut autoriser la femme à passer un acte que lorsqu'il peut le passer lui-même : or, le mineur ne peut faire le commerce, il ne peut donc, tant qu'il n'a pas 21 ans révolus, transférer à sa femme des pouvoirs qu'il ne posséderait pas pour lui-même.

Cette opinion se heurte à un argument qui suffit à la faire écarter : il crée une incapacité sans texte. Dans ce

1. Alauzet, I, n. 299 ; Brugnon, p. 121 ; Nouguier, I, n. 262 ; Ruben de Conder, femme, n. 35.

système, la femme majeure mariée à un mineur, se trouverait dans l'impossibilité absolue de créer un commerce et même de continuer le commerce qu'elle exploitait avant son mariage. Il serait étrange et absurde que le législateur interdise à une majeure, ce qu'il permet à une mineure.

Frappé de cet inconvénient on a songé à étendre l'article 2 C. com. (1). Puisque le mari mineur, n'étant pas habile à faire le commerce, ne peut autoriser sa femme, il suffit de rendre le mari capable au moyen des formalités de l'article 2, et lui permettre grâce à l'autorisation qu'il donnera à sa femme, de transférer à celle-ci les pouvoirs qu'il vient d'acquérir.

Le même argument que plus haut, peut être donné pour faire rejeter cette opinion. En effet, le mari ne pourrait transmettre à sa femme, par son autorisation, que les pouvoirs qu'il possède lui-même, c'est-à-dire ceux d'un mineur émancipé commerçant, de sorte que la femme, quoique majeure, n'aurait que la capacité d'une femme mineure. Il y aurait encore là une incapacité sans texte.

On pourrait aussi songer à faire demander par le mineur au Conseil de famille l'autorisation d'autoriser sa femme (2), dans les formes requises pour une aliénation d'immeubles et en exigeant l'homologation du tribunal, mais il y aurait là, à notre avis, une intrusion injustifiée de la famille du mari dans l'exercice de la puissance maritale ; de plus, les articles 457 et 458 C. civ. qui donnent la liste des cas dans lesquels l'intervention du Conseil de famille

1. Orillard, n. 167 ; Vazeilles, t. II, n. 331. C'est la solution de la loi belge du 15 décembre 1872, art. 9 et du code roumain, art. 15.

2. Beslay, n. 315 ; Boistel, n. 97 ; L.-C. et R., I, n. 247 ; Massé, II, n. 1114.

est nécessaire, la limitent à certains actes, parmi lesquels ne figurent pas l'autorisation donnée au mari d'autoriser sa femme.

Il reste un moyen, adopté du reste par la majorité des auteurs : c'est le recours à la justice. Les tribunaux ont, en effet, reçu mandat d'autoriser le mineur à passer certains actes qu'il ne pourrait faire seul. L'article 224 C. civ., envisageant une situation analogue à celle que nous étudions, décide que : « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter ». Il est naturel d'étendre cet article et de décider que la femme majeure mariée à un mineur devra obtenir deux autorisations pour être habile à faire le commerce : celle du mari et celle de la justice (1). Cette solution s'impose, du reste, pour ceux qui, comme nous le verrons, admettent que la justice a le droit, au cas de refus du mari, d'autoriser la femme à faire le commerce et pour ceux qui, comme nous, n'acceptent pas l'autorisation supplétive de la justice dans le cas général, mais l'admettent lorsque le mari ne peut légalement exprimer sa volonté.

D. — Les deux époux sont mineurs

On devra alors combiner les solutions auxquelles nous sommes arrivés dans les deux cas précédents. Pour être habile à faire le commerce, la femme mineure mariée à un mineur devra donc : étant mariée, avoir le consentement de son mari, étant mineure, réunir les conditions

1. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, n. 2264 ; Bédarride, I, n. 121 ; Duranton, 1, n. 478 ; Lacour, n. 184 ; L.-C. et R., I, n. 247.

exigées par l'article 2 (avoir plus de 18 ans, autorisation des parents, publication et enregistrement de l'acte), enfin, étant mariée à un mineur, obtenir l'autorisation de la justice (1).

E. — Le mari a un conseil judiciaire

Un mari que les tribunaux ont jugé incapable de diriger ses propres affaires, peut-il autoriser sa femme à faire le commerce ? Telle est la question qu'il nous faut maintenant étudier.

En faveur de la négative, on fait valoir que la jurisprudence décide, avec juste raison, que le prodigue ne peut être commerçant (2), et qu'il serait tout au moins étrange de voir le prodigue autoriser sa femme à faire une chose qu'il ne peut faire lui-même. De plus, l'autorisation donnée à la femme de devenir commerçante peut avoir des conséquences pécuniaires qui se traduiront par l'engagement des biens du mari à l'égard des créanciers de son épouse ; il est donc naturel de décider que le mari ne peut prendre seul une décision de cette importance et qu'il est nécessaire de faire confirmer cette autorisation par une autorité qui la rendra valable. Cette autorité sera-t-elle le conseil du mari ou le tribunal ? Il semble que, de prime abord, le conseil doive être écarté : son intervention serait de nature à froisser les légitimes susceptibilités de la femme qui, en se mariant, a bien accepté d'être soumise à l'autorité de son mari, mais à qui il peut répugner de

1. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, n. 2266; Lyon-Caen et Renault, I, n. 248.

2. Lyon, 1er mars 1904, S. 1906. 2. 83.

recourir à un tiers pour solliciter la confirmation d'une autorisation (1). De plus, à qui s'adresserait la femme lorsque ce sera elle-même qui sera conseil judiciaire de son mari ? Se donnera-t-elle à elle-même l'autorisation (2) ?

Il semble donc logique de s'adresser à la justice. Le tritribunal n'est-il pas tout désigné pour aider ou suppléer le mari dans l'exercice de la puissance maritale (3) ?

Une opinion plus catégorique décide que la femme mariée à un prodigue ne peut faire le commerce, le mari ne pouvant donner seul l'autorisation et étant dans l'impossibilité de recourir à l'assistance du conseil ou de la justice en présence du silence de la loi (4).

Nous repousserons cette opinion comme dans les cas précédents, parce qu'elle aboutit à créer une incapacité sans texte. Il est à remarquer que la déclaration de prodigalité ne touche en rien à la puissance maritale, elle n'a qu'un but pécuniaire et laisse intacts les droits conférés au mari et au père de famille. Les opinions que nous venons d'exposer aboutissent à ce résultat qu'elles diminuent ces droits sans pouvoir invoquer un texte précis. En

1. En faveur de l'intervention du Conseil. Beslay, I, n. 318

2. Il est vrai qu'un jugement du tribunal de Saumur du 16 janvier 1861, D. 1863. 3. 59, qu'on considère comme une décision de principe a décidé que la femme ne pouvait pas remplir l'office de conseil judiciaire de son mari. Mais, outre qu'une décision législative peut intervenir semblable à celle de la loi du 20 mars 1917 sur la tutelle, un revirement de la jurisprudence peut se produire en présence de l'évolution actuelle des idées sur la capacité des femmes et du précédent créé par la nouvelle loi.

3. Demolombe, IV, n. 226; L.-C. et R., I, n. 249; Planiol, I, 966 et 2138 (implicite); Paris, 13 novembre 1868, S. 1867. 2. 234; Bordeaux, 16 janvier 1869, D. 1870. 2. 34.

4. Massé, II, n. 1114; Nouguier, I, n. 580; Ruben, femmes, n. 38.

outre, quelle serait la situation des tiers qui auraient traité avec la femme mariée à un prodigue ? Les engagements de la femme seraient-ils annulables ? Si oui, en vertu de quel principe ? Peut-on reprocher aux tiers lorsqu'ils traitent avec une femme mariée qui fait notoirement le commerce au vu et su de son mari de ne pas avoir recherché si le mari avait un conseil judiciaire ? Où une telle obligation est-elle écrite dans la loi ? Enfin, si le prodigue est incapable de gérer ses propres affaires, rien ne prouve *a priori* qu'il ne peut apprécier les qualités de sa femme et distinguer si, oui ou non, elle peut diriger un commerce. Pour toutes ces raisons, nous déciderons que la femme mariée à un mari prodigue peut être valablement autorisée par son mari et n'a nullement besoin de recourir à la justice ou au conseil judiciaire de son époux (1).

Il existe d'autres cas (mari absent, interdit, interné dans un asile d'aliénés) dans lesquels les mêmes difficultés se présentent. Nous les étudierons dans le paragraphe suivant.

§ 2. — AUTORISATION DE LA JUSTICE

Lorsque le mari refuse d'autoriser sa femme à faire le commerce, la question se pose de savoir si cette décision est sans appel et si un recours devant les tribunaux n'est

1. Alauzet, I, n. 301 ; Haas, p. 8 ; Lacour, n. 103 ; Bordeaux, 28 mai 1906, S. 1907. 1. 69. On peut objecter qu'il n'y a pas que les prodigues auxquels le tribunal peut nommer un conseil judiciaire, et que l'article 499 prévoit la même déchéance pour le faible d'esprit. Même dans ce cas, nous estimons que l'autorisation du mari est suffisante, l'article 499 ne faisant aucune allusion à la puissance maritale.

pas ouvert à la femme. En termes plus juridiques, l'article 219 C. civ. doit-il recevoir une interprétation extensive et peut-on en déduire la possibilité pour la justice d'autoriser la femme à devenir commerçante, malgré la volonté contraire du mari ? Cette question présentait, avant 1907, surtout pour les femmes mariées sous le régime de la communauté (ce qui est le cas de la grande majorité), beaucoup moins d'intérêt qu'aujourd'hui. Car, en admettant qu'elles aient pu faire le commerce avec l'autorisation de la justice, elles n'auraient engagé que la nue-propriété de leurs biens (art. 1426, C. civ.) et elles n'auraient trouvé que difficilement du crédit. Mais, depuis la loi de 1907, toute femme mariée peut, ainsi que nous le verrons, engager ses biens réservés même sans être autorisée ce qui augmente considérablement son crédit, et lui permet de se procurer facilement les fonds nécessaires.

L'accord n'a pu encore être fait sur la réponse à donner à cette importante question et quatre opinions sont en présence :

A. — La femme mariée ne peut être habilitée par la justice à faire le commerce

On fait valoir à l'appui de cette opinion des arguments de principe et des arguments de texte :

1° La loi, en donnant au mari tous les pouvoirs qui constituent la puissance maritale, en a fait le seul juge de la profession que devait suivre sa femme. « L'autorité maritale serait un vain mot s'il pouvait être permis à la femme de vaquer habituellement, contre le gré de son mari, à des occupations de nature à la distraire par leur continuité de

ses devoirs de mère et d'épouse » (1). Nul au monde n'est mieux qualifié que l'époux pour apprécier son intelligence, son caractère et ses capacités. Il peut avoir pour lui résister des motifs très sages et très respectables qu'il hésitera à révéler lors de l'enquête faite par le tribunal, même siégeant en chambre du conseil. Il peut redouter pour son épouse dont il connaît bien le caractère, les désirs, les qualités, les défauts et surtout les faiblesses une vie plus active qui la mettra en relations avec beaucoup d'étrangers.

2° En sa qualité de chef de la famille, c'est le mari qui doit subvenir à ses besoins, c'est donc lui et lui seul qui peut juger si la femme doit exercer telle ou telle profession pour vivre. De plus, il a à songer à l'avenir et à l'éducation de ses enfants. Le fait pour la femme d'exercer un commerce ne l'amènera-t il pas à abandonner, ne serait-ce que par intervalles, le foyer familial et à confier les enfants à des mercenaires ou à des tiers ?

3° Le mari peut aussi redouter les risques pécuniaires inhérents à la profession commerciale. Quelque haute opinion qu'il ait de sa femme et de ses capacités, le hasard, la chance, l'erreur qui jouent un certain rôle dans les transactions commerciales et qui existent dans tous les cas, en dépit de la valeur professionnelle du commerçant, peuvent effrayer l'époux. Il est donc juste de tenir sa décision pour définitive lorsqu'il préfère pour sa famille une existence plus modeste mais plus sûre à une vie plus luxueuse mais plus incertaine et plus aléatoire, où les risques de la faillite ou de la banqueroute ne sont pas négligeables.

4° Par eux-mêmes, ces arguments paraissent déjà con-

1. Dalloz, *Répertoire*, v. Commerçant, n. 177.

cluants, mais on ajoute que la loi a tranché la question dans le sens que nous exposons. On fait valoir que, dans l'ancien droit, l'autorisation supplétive de la justice n'a jamais été admise dans le cas qui nous occupe et que, lors des travaux préparatoires, le seul recours prévu et reconnu à la femme a été celui qui a pour résultat l'annulation de la révocation de l'autorisation (1).

5° L'article 4 C. com. établit un régime spécial bien tranché, se suffisant à lui-même et qui doit être interprété strictement, sans faire appel à d'autres textes. Il forme le droit commun en matière commerciale et il faudrait un texte formel pour y déroger.

6° L'article 219 C. civ. sur lequel s'appuie l'opinion contraire, ne prévoit le recours à la justice que lorsqu'il s'agit d'un acte isolé nettement indiqué au tribunal et non lorsqu'il s'agit d'une profession et de tous les actes nécessaires à son exercice. Or, autre chose est de permettre un acte isolé dont les conséquences peuvent être facilement prévues par les tribunaux, autre chose est de solliciter une autorisation pour exercer une profession qui implique une série d'actes de spéculation qui peuvent engager, sinon anéantir les ressources pécuniaires de la femme (2).

1. Séance du Conseil d'Etat du 3 janvier 1807. Le prince archichancelier a déclaré : « Il est difficile de comprendre comment la femme qui a passé sous la puissance maritale, pourrait s'en affranchir et faire le commerce de sa seule autorité. On doit donc maintenir la puissance du mari et *ne permettre le commerce à la femme que lorsqu'elle a obtenu son autorisation soit expresse, soit tacite.* Supposons ensuite que le mari veuille retirer son consentement ..... Qu'alors le tribunal intervienne et prononce ».

2. Alauzet, I, n. 301 ; Aubry et Rau, V, § 472, note 33 ; Bédarride, n. 133 ; Beudant, I, n. 332 ; Bravard, p. 93 ; Demolombe, IV, n. 248 ; Huc, II, n. 262 ; L.-C et R., I, n. 250 ; Margat, p. 85 ; Ruben de Con-

B. — **L'autorisation du mari peut toujours être supp'éée par celle de la justice, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux.**

Cette opinion diamétralement opposée à celle que nous venons d'exposer invoque les arguments suivants :

Si l'autorité maritale doit être respectée puisqu'elle est à la base de la constitution actuelle de la famille, il faut aussi protéger la femme contre les abus que le mari pourrait faire des pouvoirs que la loi lui a conférés. Il peut y avoir « refus injustifié » suivant l'expression de Portalis ou abandon de l'épouse par le mari et la femme doit avoir à sa disposition les moyens de passer outre. Le tribunal est tout indiqué pour jouer le rôle d'arbitre. Du reste, il ne prendra pas de décision sans « que le mari ait été entendu ou dûment appelé » (art. 219 C. civ.) et celui-ci aura alors toutes les facilités pour exposer les raisons de sa conduite. Les juges n'auront alors qu'à peser le pour le contre. Toutefois ils ne devront donner gain de cause à la femme que quand elle aura des raisons sérieuses à faire valoir. « Ils devront respecter le demi-silence dans lequel il conviendrait au mari de se retrancher. Ils ne chercheront pas à pénétrer dans les secrets du foyer domestique ou de l'intimité conjugale. Ils ne se considèreront comme en droit de se substituer au mari qu'autant que, de la part de celui-ci, le refus sera, sans aucun doute possible, injustifiable et

derc, Femme, n. 33 et 39 ; Thomas, *Rev. gén. droit*, 1910. C'est aussi l'opinion proposée à son cours par M. Valéry. Il existe quelques arrêts en faveur de cette opinion : Lyon, 16 janvier 1869 et 13 mars 1869, D. 69. 3 20 ; S. 69. 2. 273.

que la femme ou la famille seraient exposées à en ressentir un incontestable préjudice » (1).

Du reste, l'argument des travaux préparatoires n'est pas aussi probant que le prétendent les partisans de l'autre système. Ce n'est qu'une opinion celle du prince chancelier, mais rien n'en est resté dans la rédaction du code. Ce silence prouve seulement que les auteurs du Code n'ont pas jugé utile de prendre une décision particulière sur cette question et qu'ils se sont référés au droit commun. Or, faut-il rechercher le droit commun dans l'article 4 C. com. ou dans l'article 219 C. civ. ? Incontestablement dans ce dernier texte. En effet, il est de règle que le Code de commerce constitue l'exception, au cas de silence on doit se reporter au Code civil et celui-ci est très catégorique en faveur de l'autorisation supplétive de la justice sans aucune distinction (2).

La jurisprudence est unanime en faveur de cette opinion, elle n'a cessé de proclamer que l'article 219 constituait le droit commun et elle en a conclu à son droit d'autoriser la femme (3). Mais il est à remarquer que les tri-

1. Boullanger, note S. 1868. 2. 65.

2. Colin et Capitant, I, p. 634 ; Portalis, discours sur le Code civil, p. 205 et 206 ; Boullanger, note S. 1868. 2. 65.

3. Paris, 24 octobre 1844, S. 1844. 2. 581 ; Grenoble, 27 janvier 1863, S. 1863. 2. 79, D. 1863. 5. 38 ; Cass. 30 janvier 1877, D. 1877. 1. 348 ; Paris, 3 janvier 1878, D 1878. 2. 28 ; Req., 17 janvier 1881, S. 1881. 1. 405, D. 1881. 1. 225. Un arrêt récent ne prend même plus la peine de motiver sa décision : « Si, aux termes de l'article 4 C. com., le consentement du mari semble nécessaire, il est aujourd'hui de jurisprudence certaine que ce texte ne fait pas échec à l'application des principes du droit commun et qu'il y a lieu notamment de le compléter par les articles 219 et 222 C. civ ». Lyon, 5 mars 1908, *Am. du tr. Com.*, 1909, p. 155.

bunaux n'ont accordé une telle autorisation que dans des cas où la femme était séparée de biens ou, avant la loi de 1893, séparée de corps. Ils ont, du reste, parfois vu une autorisation implicite du mari dans le fait que celui-ci avait abandonné sa femme, en lui laissant la charge de subvenir à ses propres besoins et à ceux de ses enfants (1).

Si la jurisprudence est logique avec elle-même, il nous semble, qu'à l'heure actuelle elle n'a plus de raisons pour ne pas étendre son système à tous les régimes matrimoniaux étant donnée la séparation qui, en fait, existe depuis 1907 entre les biens réservés de la femme et les biens du mari.

C — **Il faut distinguer suivant les régimes matrimoniaux**

Une opinion intermédiaire essaye de concilier les deux thèses que nous venons d'exposer. Le consentement du mari pourra être suppléé par l'autorisation de la justice, lorsque la femme est mariée sous un régime dans lequel elle puise le droit d'administrer tout ou partie de ses biens (séparation de biens, régime dotal avec paraphernaux). Dans les autres cas, aucun recours ne lui sera ouvert contre la décision du mari car l'autorisation de faire du commerce contient implicitement un transfert ou une reconnaissance de pouvoirs qui ne peut provenir que du mari (2).

1. Grenoble, 27 janvier 1863 précité.

2. Bernard et Bonnecase, p. 6. M. Thaller après avoir soutenu cette opinion dans la 2e édition de son *Manuel*, p 160, l'a abandnnoée plus tard, et dans la 5e édition, il se rallie à celle qui professe que la justice ne peut autoriser la femme. Il fait toutefois une exception, lorsque les époux sont séparés de biens judiciairement car, dans ce cas, il peut y avoir « rancune du mari ».

D. — **La justice ne peut pas autoriser la femme lorsque le mari ne veut pas mais il en est autrement lorsqu'il ne peut pas exprimer son opinion.**

Les raisons données en faveur du premier système nous paraissent suffisantes pour rejeter le système de la jurisprudence qui manque de base légale et le système qui se distingue suivant les régimes matrimoniaux car il est arbitraire et, de plus, il ne voit que l'intérêt pécuniaire et laisse de côté les raisons morales qui peuvent justifier le refus du mari.

Est-ce à dire qu'on doit adopter la théorie de la presque unanimité de la doctrine sans faire de distinction ? Cela ne nous paraît pas possible. Il y a des cas, peut-être les plus intéressants, car c'est à la femme qu'incomberait la charge de la famille, où elle se trouve dans l'impossibilité de solliciter l'autorisation de son mari parce que celui-ci ne peut la donner. Il est interdit, présumé absent, interné dans un asile d'aliénés. Est-il juste et équitable de frapper d'incapacité la femme, qui, par devoir vis-à-vis de ses enfants, et par respect pour le nom qu'elle porte, refuse de demander le divorce ou la séparation de corps, et qui, cependant, aurait besoin de travailler pour assurer la vie de la famille dont elle a seule la charge ? La loi a statué sur le cas général et elle n'a pas prévu des cas aussi dignes d'intérêt, mais qui ne peuvent se présenter que plus rarement. Les arguments qui existent en faveur de l'opinion qui refuse tout recours à la femme dans tous les cas disparaissent : on ne peut plus parler de faire respecter l'autorité maritale puisqu'elle ne peut plus s'exercer, quant aux arguments de texte ils n'ont plus de valeur ; pour

qu'une autorisation soit demandée il faut qu'elle puisse être donnée (1). La loi du 3 juillet 1915 fournit en faveur de cette opinion un argument d'analogie lorsqu'elle déclare dans son article premier : « La femme mariée qui se trouve dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale par suite de la guerre se pourvoira en justice conformément à l'article 863 du C. pr. civ. ».

E. — Modifications apportées par la loi de juillet 1907

On peut se demander si la loi de 1907 n'a pas modifié la législation antérieure. Nous avons déjà vu que la jurisprudence pour rester logique avec elle-même devra autoriser, dans tous les cas, les femmes mariées qui désireront faire le commerce sans se contenter comme auparavant de ne le faire que pour celles qui sont mariées sous le régime de séparation de biens.

D'après M. Thaller (2) et Pichon (3) la femme pourra solliciter l'autorisation de la justice lorsqu'elle veut faire le commerce seulement avec ses biens réservés. Pour M. Pichon, ce n'est même là qu'un pis-aller, puisqu'il admet, ainsi que nous l'avons vu, que, dans ce cas, la femme n'a même pas à demander l'autorisation du mari. Si on admettait le contraire, il y aurait d'après ces éminents auteurs une mise en échec de la loi de 1907 malgré son caractère d'ordre public.

1. Demante, n. 302 *bis* ; Lacour, n. 66 ; Massé, I, n. 1114. C'est la solution de la loi belge du 15 décembre 1872, art. 8 et du Code roumain, art. 15.

2. *Manuel*, 5e éd., p. 172.

3. *Rev. crit.*, 1908, p. 411.

Il nous semble qu'une pareille opinion ne peut être adoptée. Nous invoquerons contre elle les mêmes arguments que ceux qui nous ont fait repousser le système de M. Pichon, lorsque nous avons étudié l'autorisation du mari (1). Si la femme fait le commerce uniquement avec ses biens réservés, ce commerce ne peut avoir aucune influence sur les biens du mari, donc les arguments d'ordre pécuniaire qu'on pourrait invoquer n'ont plus de valeur, mais il en est autrement des arguments d'ordre moral qui restent intacts. Le commerce est une profession et le pouvoir d'autoriser la femme mariée à devenir commerçante est une conséquence de l'autorité maritale à laquelle la loi de 1907 ne touche pas (2).

Il n'en est pas moins vrai qu'en l'état actuel de nos mœurs et étant données nos idées sur l'égalité des sexes, on peut regretter que nous soyons encore régis en cette matière par des lois datant de 1804. Beaucoup de nations étrangères nous ont dépassés dans cette voie, sans parler de celles que nous avons vues accorder la pleine capacité civile à toutes les femmes mariées il faut remarquer que, même celles qui exigent encore une autorisation ont prévu un recours devant les tribunaux en faveur de la femme (Italie, Code de 1882, Allemagne).

Déjà en France plusieurs vœux ont été émis à ce sujet : lors de la discussion à la Société d'études législatives on a demandé l'extension pure et simple de l'article 219 C. civ., M. Tissier a proposé au cas de refus du mari l'intervention du juge de paix, M. Guillouard a préconisé celle du prési-

1. *Supra*, p. 76.

2. Baudry et Fourcade, III, n. 2226 ; Lalou, p. 40 ; Lecourtois et Surville, p. 9 ; Ambroise Colin, note D. 08. 1. 25 ; Margat, p. 85.

dent du tribunal civil (1). On a aussi songé à l'extension de l'article 2144 C. civ. qui autorise le mari à demander la réduction de l'hypothèque légale de sa femme après avoir pris « l'avis des quatre plus proches parents d'icelle » (2). Personnellement, il nous semble que l'intervention du législateur devrait être plus radicale et consister dans l'extension pure et simple de la loi de 1893 à toutes les femmes mariées, en leur accordant l'entière capacité civile et réaliser une réforme analogue à celle de la loi italienne du 17 juillet 1919.

1. *B. S. E. L.* 1901-02, p. 49, 50 et 60, 70.
2. Margat, p. 94

CHAPITRE III

DES PUBLICATIONS A FAIRE PAR LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Le Code de commerce, sous la rubrique inexacte, ou tout au moins incomplète, « des séparations de biens », traite de la publicité qui doit être donnée aux contrats de mariage des commerçants et aux modifications qui y sont apportées au cours du mariage. Cette publication est prévue dans l'intérêt des tiers (1) qui peuvent être amenés à traiter avec l'époux commerçant et doit être faite quel que soit son sexe. En effet, dans le cas où c'est la femme qui est commerçante, il y a un grand intérêt pour les tiers à savoir si les conventions matrimoniales leur donnent des droits sur les biens du mari et sur ceux de la communauté, ou même s'il existe une communauté, ou enfin, si la femme n'est pas mariée sous le régime dotal.

La loi ne faisant aucune exception d'après le sexe, les règles sont identiques dans les deux cas :

1° la femme exerçait le commerce avant son mariage.

1. Bédarride, I, n. 355 ; Boistel, n. 142 ; L.-C. et R., I, n. 312 ; Massé, II, n. 1012.

Un extrait du contrat doit, dans le mois de sa date et par les soins du notaire qui l'a reçu, être affiché aux greffes du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile de la femme (1) et dans les chambres des avoués et des notaires. Cet extrait indique simplement le régime adopté (art. 67 C. com., 872 C. pr. civile).

2° La femme déjà mariée, devient commerçante. C'est elle-même qui, dans le mois de l'ouverture de son commerce, doit faire la remise d'un extrait de son contrat de mariage, dans les mêmes conditions mais seulement lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal ou celui de séparation de biens (art. 69 C. com.).

Enfin, une loi civile, la loi du 10 juillet 1850, modifiant les articles 75, 1391 et 1394 du Code civil intéressant indirectement les commerçants lorsqu'elle ordonne la publication du contrat de mariage, quelle que soit sa profession, au moyen d'une déclaration faite par les époux, à l'officier de l'état civil qui procède à la célébration du mariage, et de la mention portée sur l'acte (2).

1. Lorsque nous étudierons la faillite nous aurons à déterminer ce qu'on entend par domicile de la femme mariée commerçante et nous verrons que c'est le lieu où est établie la maison de commerce qu'elle dirige. En appliquant cette théorie au cas particulier qui nous occupe, nous déciderons que le tribunal visé est celui dans le ressort duquel se trouve le fonds de commerce de la femme. Du reste, la question ne paraît pas devoir être douteuse, si on réfléchit que lors de la signature du contrat de mariage, il n'y a pas encore eu mariage et que par conséquent la femme ne peut avoir acquis le domicile de son futur mari.

2. Une publicité à peu près identique est prescrite par le Code italien art. 16, le Code roumain art. 19 et suiv., le Code espagnol art. 27. Guterrechtsregister allemand contient l'indication du régime adopté (C. civ., 1557 à 1563) La loi belge du 15 décembre 1872 abandonne la publicité illusoire par voie d'affiches et prescrit la transcription de l'extrait sur

Quelles sont les sanctions de l'omission de ces publications ?

Aucun doute n'existe dans le cas de l'article 67. La loi n'oblige que le notaire et non les époux, c'est le notaire qui est responsable vis-à-vis des créanciers, et les époux ne pourraient être tenus que s'il y avait eu collusion avec le notaire. Ils pourront donc opposer aux tiers leur régime matrimonial.

Dans le cas de l'article 69, au contraire, le Code décide que la femme, si elle est déclarée en faillite, pourra être condamnée comme banqueroutier simple (art. 69, 5862 C. com.; 402 C. pén.). Cette sanction est-elle la seule ? Que doit-on décider en présence du silence de la loi qui n'a pas reproduit sur ce point l'ordonnance de 1673, qui, ainsi que nous l'avons vu, frappait de nullité les clauses non publiées ?

Dans un premier système, on soutient que la femme peut, malgré sa faute, opposer ses conventions matrimoniales aux tiers et notamment se prévaloir de la dotalité qui frappe certains de ses biens. En effet, dit-on, l'inobservation de l'article 69 n'est pas un délit, car la loi ne punit l'infraction que lorsqu'elle est suivie de faillite et, même dans ce cas, il faut qu'elle ait pour cause une fraude ou une intention de nuire. Ce n'est pas, non plus, un quasi-délit, car pour qu'il y ait quasi-délit, il faut qu'il y ait atteinte à un droit acquis et non à une simple obligation prescrite dans un intérêt général. Enfin, en admettant même que la violation de l'article 69 soit illicite, il n'est pas moins possible à tout contractant de demander le con-

un registre spécial, communiqué sans frais à toute personne qui en fait la demande (art. 12).

trat de mariage or il leur est très facile depuis 1850 de savoir s'il en existe un (1).

Cette opinion nous paraît devoir être écartée. A notre avis, il y a là de la part de la femme un quasi-délit qui engage sa responsabilité. La bonne foi des tiers a été surprise. On ne peut prétendre qu'ils n'ont pas fait toutes les recherches nécessaires lorsqu'ils sont allés aux greffes des tribunaux civil et commercial et aux chambres des avoués et des notaires. Rien ne les oblige à aller consulter les registres de l'état civil pour vérifier si leur débitrice a signé un contrat de mariage, du reste, comment connaîtraient-ils la commune de la célébration du mariage ?

Pour ne pas adopter cette opinion on a parfois fait valoir un argument nouveau : en refusant à la femme le droit d'opposer ses conventions matrimoniales aux tiers, ne lui fournirait-on pas le moyen de changer son régime matrimonial? L'objection ne nous paraît pas décisive, on ne peut dire qu'il y a changement du régime, car ce dernier subsistera toujours dans les rapports entre les époux, de plus, le mari, s'il est de bonne foi, pourra toujours l'opposer aux créanciers de sa femme qui voudraient se retourner contre lui, et, enfin, la femme elle-même pourra l'opposer à ses créanciers civils, en faveur desquels la publication n'a pas été prescrite, et à ses créanciers commerciaux qui en auraient eu connaissance (2). La jurisprudence est, du reste, unanime en ce sens et elle décide que, en cas de non-

1. Massé, II, n. 1018, qui insiste sur le silence de la loi.

2. Alauzet, III, n. 878; Bravard, II, p. 7; Lacour, n. 148; L.-C. et R., I, 246; Pardessus, n. 93.

publication, la dotalité par exemple ne peut être opposée par la femme à ses créanciers (1).

Quant à l'inobservation de la loi de 1850, le droit commun s'appliquera et la femme sera seulement privée de la protection exceptionnelle que lui assurait l'inaliénabilité de ses biens dotaux (2) et cela tant à l'égard de ses créanciers commerciaux que de ses créanciers civils.

Une loi récente, la loi du 19 mars 1919, a édicté de nouvelles obligations pour tous les commerçants : elle les astreint à se faire inscrire sur des registres de commerce.

Cette loi étant conçue dans un esprit très général vise aussi les femmes mariées marchandes publiques.

Comme tous les autres commerçants elle est tenue dans le mois de la création de sa maison de commerce, de déposer au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal civil qui en tient lieu une déclaration en double exemplaire indiquant : ses nom et prénoms, son nom commercial, la date de sa naissance, sa nationalité, l'objet de son commerce, les lieux de ses succursales, la raison de commerce, les établissements exploités précédemment, etc., et « l'autorisation expresse qui lui a été conférée par son mari (3) en vertu de l'article 4, C. com. ».

Le législateur semble avoir oublié que l'article 4 C. com. auquel il renvoie exige simplement le consentement,

1. Bordeaux, 4 février 1858, S. 1859. 2. 174, D. 1858. 2. 123 ; Cass., 24 décembre 1860, S. 1861. 1. 983, D. 1861. 1. 373 ; Chambéry, 18 novembre 1868, S. 1869 2. 129, P. 1869. 584 ; Cass., 29 juillet 1870. 1. 11, D. 1871. 1. 237 ; Cass., 27 fév. 1883, S. 1884. 1. 145, D. 1884. 1. 29.

2. Planiol, III, n. 811.

3. Cette loi maintient formellement la nécessité des publications des Codes civil, de commerce, et des lois postérieures.

mot que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes, ainsi que nous l'avons vu, à interpréter dans le sens de « autorisation expresse ou tacite ». Il y a donc antinomie entre l'article 4 C. com. et l'article 4-6° de la nouvelle loi. Faut-il en conclure que la disposition nouvelle abroge purement et simplement le texte ancien et condamne la jurisprudence antérieure ? Tel n'est pas notre avis.

En effet, quel est le but poursuivi par la nouvelle loi ? Sans aucun doute, faciliter les recherches des tiers et assurer une plus grande publicité. Mais aucun article ne précise que seuls seront considérés comme commerçants ceux qui auront procédé à la publication prescrite. L'omission de la formalité n'est punie que par une amende (art. 18). Il en résulte que la détermination de la qualité de commerçant continuera à être faite d'après les règles déjà en vigueur.

De plus l'article 4-6° après avoir parlé d'autorisation expresse ajoute « conférée en vertu de l'article 4 C. com. ». Le législateur, par ce renvoi, a indiqué d'une manière formelle, que l'article 4 est maintenu dans toutes ses dispositions. Il faut donc en conclure que l' « autorisation expresse » de l'article 4-6° de la loi de 1919 est synonyme du « consentement » de l'article 4 C. com. Une telle confusion dans l'esprit du législateur montre seulement l'absence d'esprit juridique qui a présidé à la préparation de la nouvelle loi.

Du reste, dans la pratique, un tel état de choses pourra conduire à des résultats fâcheux. Les greffiers du tribunal interprétant judaïquement le texte nouvellement voté, exigeront, peut-être, de la femme une autorisation expresse du mari, et refuseront l'inscription même si la femme prouve au moyen d'un acte de notoriété ou de toute autre

manière que son commerce est fait au vu et su de son mari.

De plus, il résulte de l'article 4-7° de la loi de 1919 que les régimes matrimoniaux qui, déjà, doivent être publiés conformément aux articles 67 et 69 C. com., seront indiqués sur les registres de commerce dans les mêmes conditions que précédemment. L'article 5-2° exige aussi la transcription sur les mêmes registres de jugements prononçant la séparation de biens, la séparation de corps ou le divorce du commerçant. Enfin, innovant sur le droit antérieur, et prescrivant des formalités nouvelles, les 3° et 6° de l'article 5 exigent la publication « des actes rétablissant la communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens prévu par l'article 1451 C. civ. » ainsi que des « jugements ou arrêts nommant un conseil judiciaire au commerçant ou prononçant son interdiction ainsi que des jugements et arrêts de mainlevée » (1).

La nouvelle loi ne prévoit dans son article 18 qu'une amende de 16 à 200 francs au cas d'omission et de 100 à 2.000 francs ou de 1 mois à 6 mois d'emprisonnement au cas d'indications inexacte (art. 19). Il en résulte donc que la personne qui aura omis de faire les déclarations prescrites pourra malgré cela acquérir la qualité de commerçant.

1. Il est à remarquer que la loi de 1919 qui semble avoir eu pour but de permettre aux tiers de trouver sur les registres du commerce tous les renseignements qui peuvent leur être utiles sur l'état du commerçant, a oublié d'y faire figurer la mention du décès de son conjoint.

CHAPITRE IV

DU NOM DE LA MAISON DE COMMERCE DIRIGÉE PAR LA FEMME MARIÉE

Lorsqu'une femme mariée acquiert un commerce au cours du mariage, elle l'exerce habituellement sous son nom de femme mariée et non sous celui qu'elle portait alors qu'elle était encore jeune fille. Nous étudierons dans deux paragraphes si la femme possède ce droit et les conséquences qu'entraîne la dissolution du mariage lorsque la femme a pris le nom de son mari comme non commercial.

§ 1. — LA FEMME PEUT-ELLE FAIRE LE COMMERCE SOUS LE NOM DE SON MARI ?

Sans nous appesantir sur le point de savoir quelle est la nature du droit du mari sur son nom propre (1), nous rap-

1. L'accord n'est pas fait dans la doctrine sur cette question si importante. Plusieurs systèmes sont en présence : 1° chaque personne est propriétaire de son nom, c'est l'opinion de la jurisprudence depuis l'arrêt

pellerons sommairement deux théories en présence sur le droit qu'a la femme de porter le nom du mari. D'après la première (1) la femme n'a aucun droit, elle ne fait que bénéficier d'un usage. On invoque en faveur de cette théorie, les articles 57 et 79 C. civ. qui sous-entendent des noms différents pour chacun des époux, l'absence de textes législatifs alors qu'il y en a un formel en faveur de l'adopté (art. 347 C. civ.), la pratique notariale qui qualifie la femme de son nom de jeune fille suivi de la mention « épouse X », enfin les conséquences du système adverse : l'enfant désavoué continuerait à porter le nom du mari et il en serait de même de l'enfant naturel reconnu par la veuve ou par la femme mariée.

L'opinion contraire donne un droit à la femme mariée (2). Elle répond que les articles 59 et 79 n'ont d'autre but que d'établir l'identité, la pratique notariale est due à la routine. Quant à la preuve de ce droit, elle résulte de la loi

du 16 mars 1841 de la Cour de cassation (D. 1841. 1. 214) et de MM. Pouillet, II, n. 375 ; Salveton, n. 305 ; Barbin, p. 275 ; Calmels, n. 113 car elle peut « en jouir et en disposer de la manière la plus absolue (Paris, 27 décembre 1893) ; 2° c'est un droit de propriété *sui generis* (Labbé note S. 1884-2-21, Lallier, n. 3) ; 3° c'est un droit *sui generis*. Le nom devient alors une institution de police (Planiol, I, n. 398) et fait partie des droits individuels, inaliénables et imprescriptibles de l'homme (Perreau, 1902, p. 578). C'est l'opinion de la jurisprudence administrative. *Rev. crit.*, Cons. Et., 5 décembre 1860, S. 1861. 3. 21 ; 6 août 1861, D. 1862. 3. 77, S. 1862. 2. 351 ; 16 juillet 1880, D. 1881. 3. 74.

1. Flürer note D. 1889. 2. 9 ; Planiol, I, n. 390 ; Baudry et Fourcade, III, n. 318 ; Beudant, I, n. 301 ; Lallier, n. 112 ; Cass., 16 mars 1840, S. 1841. 1. 532 ; Cass., 17 août 1864, S. 1865. 1. 120 ; Cass., 6 février 1849, S. 1891. 1. 379 ; Nîmes, 8 août 1887, S. 1888. 2. 20.

2. Fuzier-Herman, loi du 25 mars 1885 ; Tournade, nom de famille, p. 66.

de 1893 qui interdit à la femme divorcée de porter le nom de son mari.

Malgré ce dernier argument, il ne nous paraît pas possible de nous rallier à cette opinion. La loi de 1893 a eu simplement pour but de trancher des difficultés qui s'étaient élevées dans la pratique avant cette loi et au cours desquelles certains tribunaux entraînés par des circonstances de fait exceptionnelles avaient autorisé la femme divorcée à garder le nom de son mari (1).

Du reste, quelle que soit la théorie adoptée, tout le monde admet que la femme peut faire le commerce sous le nom de son mari et que le mari a, à cet égard, un droit de veto absolu. Mais les raisons invoquées pour justifier cette solution varient avec la qualité du droit reconnu à la femme.

Dans la théorie qui admet que le mariage fait acquérir à la femme un droit sur le nom de son mari, on décide que la femme commerçante ne fait qu'user de son droit, en faisant le commerce sous ce nom. Si le mari peut toutefois s'y opposer, c'est dû à ce fait que, étant le maître absolu d'accorder ou de refuser son consentement à sa femme pour l'habiliter à devenir marchande publique, il a pu poser à l'avance les conditions qu'il lui a plu. Rien n'empêche, en effet, l'autorisation du mari d'être conditionnelle. Il a pu donc n'autoriser la femme que si elle s'engageait à ne pas indiquer son nom de femme mariée.

Dans la théorie contraire, on décide que la femme qui fait le commerce sous le nom de son mari, n'a fait qu'user du droit reconnu à tout commerçant de se servir d'un pseudonyme dans les relations dues à son négoce. Le nom

1. Trib. Toulouse, 10 mai 1886, D. 1886. 1. 221, S. 1886. 2. 119.

commercial peut s'acquérir par le simple emploi qui en est fait (1). La femme aurait pu choisir un autre nom, elle a préféré prendre celui de son mari qui est, en même temps, celui qui sert à la désigner dans les relations de tous les jours. Libre à elle. Sous condition de ne pas léser par ce choix des tiers qui auront le droit d'agir si un préjudice quelconque leur est ainsi causé. Quant au mari, qui peut être plus spécialement touché par cette décision de sa femme, il a les mêmes droits que les autres tiers avec cette différence que sa femme devant lui demander son autorisation, il pourra agir préventivement en lui interdisant de prendre ce nom dans les relations commerciales qu'elle va se créer.

§ 2. — CONSÉQUENCES DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE OU DE LA SÉPARATION DE CORPS

Le mariage étant dissous, la femme peut-elle continuer à faire le commerce sous le nom de son mari ?

La réponse ne nous paraît pas douteuse lorsque le mariage est dissous par la mort du mari. Du jour où la femme a créé un fonds de commerce sous le nom de son mari, elle a acquis sur ce nom un droit de propriété (2),

1. Planiol, I, n. 395 note, Flürer note précitée.

2. C'est l'opinion à peu près unanime de la doctrine et de la jurisprudence. Le nom commercial constitue un élément du fonds, au nombre des éléments immatériels, à côté de l'achalandage, de la clientèle, de l'enseigne, de la marque de fabrique etc. Il a une valeur susceptible d'être appréciée en argent, il est transmissible et cessible et peut faire l'objet d'un apport en société. Enfin il est exclusif puisqu'il permet à son titulaire d'agir contre tout tiers qui voudrait s'en servir pour faire le commerce et absolu, puisqu'il peut être abandonné ou modifié sans

car il a cessé d'être un nom civil pour devenir un nom commercial (1).

Il semblerait que la solution doit être la même lorsque le mariage est dissous par le divorce ou lorsqu'une séparation de corps est prononcée entre les époux. Quels que soient les effets d'une sentence de divorce ou de séparation sur le nom civil de la femme, elle ne peut faire résoudre son droit de propriété sur le nom commercial.

Mais les travaux préparatoires de la loi de 1893 obligent, nous semble-t-il, à adopter l'opinion contraire. En effet, lors de la discussion au Sénat (2), M. Boulanger ayant soulevé la question du commerce, et il avait proposé d'ajouter à l'article 2 de la loi, une disposition portant que « le tribunal pourra, pour les besoins du commerce ou l'exercice de la profession, autoriser la femme à porter le nom du mari, ou le mari de joindre celui de la femme au sien propre ». Pendant le mariage, disait-il, en substance, la femme peut avoir fondé un commerce qui ne subsiste que grâce à son habileté personnelle. Ce commerce n'est pas le

qu'on ait à solliciter une autorisation quelconque. Perraut, Pouillet, Salveton, Barbier et même Planiol déjà cités. Cass., 30 janvier 1878, S. 1878. 1. 289 note Lyon-Caen ; Cass., 17 janvier 1894, S. 1894. 1. 433 note Lyon-Caen ; Reims, 17 février 1904, *La Loi*, 12 avril 1904. Toutefois pour certains auteurs, il n'y aurait là qu'un droit *sui generis*. Maunoury, nº 2 ; Grandcour, p. 29.

1. En ce sens Nancy, 22 février 1859, D. 1859. 2. 49. En sens contraire Paris, 21 mars 1887, D. 1888. 2. 165 qui exige que la femme ajoute le mot « veuve ». Une question qui ne rentre pas dans notre sujet se pose lorsque la femme veuve se remarie. Peut-elle continuer à faire le commerce sous le nom de son premier mari ? Oui, à notre avis, le droit de propriété qu'elle possède sur le nom commercial, ne disparaissant pas par son second mariage.

2. *J. O.*, 1887, Sénat, *Déb. parl.*, p. 29.

plus souvent connu du public par un titre spécial. Il n'est représenté que sous le nom du mari. Est-ce que par le résultat de la disposition nouvelle, dès le lendemain du divorce, la femme devra enlever son enseigne, changer l'en-tête de ses circulaires, de ses prospectus, de ses factures, etc. ? Et il citait en l'approuvant un arrêt de Lyon du 4 mars 1886 (1) d'après lequel « les tribunaux peuvent reconnaître que la femme, par l'exercice de son art ou de son industrie, a acquis des droits à la copropriété du nom de son mari. Il convient de statuer en cette matière d'après les circonstances de la cause ». M. Boulanger ne fut pas suivi. Le rapporteur insista sur le cas où la femme tomberait en faillite. Quoique divorcé et n'ayant plus rien de commun avec son ex-femme, le mari ne pourrait-il pas ressentir le contre-coup des mauvaises affaires de cette dernière, contre-coup rendu plus facile par la similitude du nom ? Ne serait-il pas atteint par la flétrissure qui atteint tout failli ou tout banqueroutier? Du reste, si les intérêts de la femme sont très respectables, surtout quand c'est elle qui a fondé un commerce prospère de sorte qu'elle pourrait subir un préjudice au cas d'un changement de nom s'il n'était pas connu de la clientèle, n'existe-t-il pas pour la femme des moyens de remédier à ce fâcheux état de choses ? Elle n'a qu'à envoyer une circulaire à tous ses clients pour les prévenir. Ne voit-on pas le même cas se présenter à peu près tous les jours dans la pratique lorsqu'un commerçant acquéreur d'un fonds de commerce, l'exploite sous un nouveau nom, ou lorsqu'une société modifie sa raison sociale ? Le Sénat se laissa convaincre

1. S. 1886. 2. 119

par cette argumentation et ratifia l'opinion de son rapporteur (1).

En présence de cette décision du Sénat, il ne nous paraît pas possible de soutenir qu'à l'heure actuelle les tribunaux ont un droit d'appréciation et qu'ils peuvent autoriser la femme à continuer le commerce sous le nom du mari tout au moins au cas de divorce. Il en serait autrement au cas de séparation de corps. En effet, alors que l'article 299, al. 2 est formel « Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », l'article 311 est conçu en termes différents : la femme séparée ne perd pas par le seul fait du jugement, le droit de porter le nom civil de son mari, il faut une décision expresse du tribunal pour qu'elle soit obligée à reprendre son nom de jeune fille. Il nous semble que, dans ce cas, le tribunal pourra permettre à la femme de conserver son nom commercial dans l'exercice de son négoce.

Certains auteurs (2) ont néanmoins refusé d'admettre la thèse du rapporteur de la loi de 1893 et ils soutiennent qu'actuellement la femme même divorcée peut conserver le nom de son mari comme nom commercial. Ils sont frappés par les inconvénients qui peuvent résulter pour le commerce de la femme d'une décision contraire et qui sont loin d'être évités par l'envoi d'une circulaire. M. Cabouat

1. A vrai dire, il n'y eut pas de vote formel du Sénat, M. Boulanger ayant retiré son amendement. M. Perreau, *Rev. trim.*, 1903, précité en conclut que la thèse de M. Boulanger n'ayant pas été formellement condamnée peut être encore soutenue. Il nous paraît impossible de nous rallier à cette opinion, le retrait de l'amendement n'est-il pas la preuve de l'approbation donnée par la Haute-Assemblée à l'opinion de son rapporteur ?

2. Flürer note citée ; Lallier, p. 405 ; Pouillet, n. 511 *bis* ; Cabouat, p. 115.

n'hésite pas à qualifier les arguments du rapporteur d' « arguments de sentimentalisme exagéré ».

La jurisprudence a, du reste, trouvé une solution intermédiaire qui, sans aller contre l'esprit de la loi, évite, au moins en partie, les inconvénients que nous avons signalés. C'est ainsi qu'un arrêt de Bordeaux (1) du 3 décembre 1906 s'exprime ainsi : « La femme mariée qui, au cours du mariage, a, avec l'assentiment du mari, fondé un établissement de commerce sous le nom de celui-ci, est propriétaire de ce fonds et de la marque qui y est attachée. En conséquence, elle conserve, même après le divorce, le droit de maintenir sur l'inscription apposée sur la devanture de son magasin le nom qui signalait l'existence de ce fonds au public. Mais elle doit, en ajoutant à son nom celui de son ancien conjoint, faire précéder ce dernier de la mention « Ancienne maison ». De cette manière les clients du fonds seront avertis du changement de nom et la femme ne fera plus le commerce sous le nom de son ex-mari. »

Qu'il nous soit permis de rappeler que l'article 4-2° de la loi du 19 mars 1919 sur les registres du commerce prévoit l'inscription sur le registre du « nom sous lequel le commerçant fait le commerce ».

1. D. 1907. 2. 73 approuvé par Margat, p. 109 dans le même sens ; Seine, 2 nov. 1895, D. 1896. 2. 152.

2. Avant la loi de 1893, la jurisprudence qui avait admis que le mari pouvait interdire à sa femme divorcée l'usage de son nom patronymique. Lyon, 4 mars 1886, D. 89. 2. 9, S. 1886. 2. 119; Poitiers, 11 juillet 1892, D. 1894. 2. 149, S. 1892 2. 284, paraissait disposée à admettre qu'elle pouvait être autorisée à le garder lorsque des intérêts commerciaux s'attachaient à sa conservation. Trib. Toulouse, 18 mai 1886, S. 1886. 2. 119; Nîmes, 8 août 1887, D. 1889. 2. 9, S. 1888. 2. 19.

SECTION II

La femme n'est pas seule à la tête de la maison de commerce

Il arrive très souvent que la maison de commerce ait, à sa tête, non un commerçant mais une société. La femme a pu vouloir entrer dans cette société soit seule, soit avec son mari, il nous faut donc rechercher si une telle combinaison n'est pas nulle et, au cas de la validité, quelles sont les conditions imposées à la femme, au cas de la nullité, les conséquences qui pourront en découler. Nous examinerons dans deux chapitres :

1° les sociétés entre époux ;

2° les sociétés avec des tiers.

CHAPITRE PREMIER

SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

Il semble que les sociétés entre époux répondent à un besoin naturel, car il en existe un très grand nombre et malgré que, depuis longtemps, la jurisprudence se soit fixée d'une manière qui semble définitive dans le sens de la nullité, il ne se passe pas d'années sans que les tribunaux soient appelés à statuer sur des cas de ce genre.

Au point de vue de leur naissance, les sociétés entre époux peuvent être antérieures, concomitantes ou postérieures au mariage. Antérieures lorsque le mariage a lieu entre deux associés, concomitantes lorsque la constitution de la société est faite dans le contrat de mariage, postérieure lorsque la société est fondée après le mariage ou lorsque un des époux est héritier et prend la place dans la société d'un des associés de son conjoint.

La jurisprudence décide depuis longtemps, à de très rares exceptions près, que de telles sociétés sont, dans tous les cas, frappées d'une nullité absolue (1). La doctrine a

1. Cass. crim., 9 août 1851, D. 1852. 1. 160, S. 1852. 1. 281 ; Req, 6 février 1888, D. 1888. 1. 401, S. 1890. 1. 49 note Labbé ; Civ., 7 mars

d'abord adopté presque unanimement la théorie jurisprudentielle (1). Mais parmi les auteurs récents, il semble qu'un courant de plus en plus fort se dessine en faveur de la validité sauf dans le cas de fraude à la loi ou de mauvaise foi de la part des époux (2).

§ 1. — THÈSE DE LA NULLITÉ

En faveur de la nullité absolue la jurisprudence ne peut invoquer aucun texte législatif formel. Elle en est réduite à s'appuyer uniquement sur les principes généraux du droit et surtout sur la constitution actuelle de la famille, cette « cellule de notre société ».

En effet, dit-elle, il est de l'essence du mariage de faire du mari le chef tandis que la femme n'est qu'une subordonnée. Seul le mari représente la famille dans les relations avec les tiers, il a la direction des intérêts pécuniai-

1884, D. 1888. 1. 349, S. 1888. 1. 305 note Lacointa ; Civ., 5 mai 1902, D. 1903. 1. 207, S. 1905. 1. 41 note Hémard, D. 1905. 1. 155 note Cosmao-Dumanoir ; Req., 19 mai 1908, D. 1908. 1. 359, S. 1911. 1. 508 ; Civ., 23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481. En faveur de la validité : Civ., 23 nov. 1912, Schr. ; Amiens, 3 avril 1851, D. 1851. 2. 221 (Cassé par Crim. précité) ; Com. Seine, 21 février 1880, *J. S.*, 1886, p. 246.

1. Aubry et Rau, V. § 53 *bis*, n. 14 ; Alauzet, III, n. 387 ; Bravard, I, p. 152 ; Bouvier-Bangillon, P. 1905. 2. 158 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, I, p. 208, contrat des sociétés, n. 35 ; Lacointa, note S. 1888. 1. 305 ; Lance, *Essai sur les contrats à titre onéreux*, p. 113 ; Massé, n. 1267 ; Troplong, *Contrat de mariage*, I, n 210.

2. Boistel, n. 102 ; Duranton, I, p. 347 ; Hémard, note S. 05. 1. 41 ; Labbé, note S. 90. 1. 49 ; Laurent, XXVI, n. 140 ; L.-C. et R., II, n. 78 ; Pic, I, n. 409 ; Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 275 ; Pont, n. 37 et les auteurs qui ont écrit après la promulgation de la loi de 1907 cités page 122.

res, c'est lui seul qui agit et quand, par hasard, la femme agit de son côté, ce n'est qu'avec son autorisation formelle ou tout au moins tacite. Que, dans l'intimité de la vie conjugale, cette prééminence disparaisse pour faire place à l'égalité la plus complète c'est à souhaiter, car c'est cette collaboration entre deux être égaux qui constitue la famille. Mais cette égalité entre les époux ne peut exister dans leurs rapports avec les tiers, la femme doit alors s'incliner devant la volonté de son mari et la loi ne lui a ouvert un recours que dans des cas limités. Or, si on admet la validité de la société entre époux, on est conduit à créer un terrain où légalement la femme a les mêmes droits que son mari et où elle pourra résister à sa volonté sans qu'il puisse la contraindre à s'incliner. Deux excès contraires rompant l'égalité entre les associés sont donc à craindre : ou le mari usera de ses droits, et la femme aura trop peu d'autorité, ou la femme résistera à son mari et elle acquerra une autorité et une indépendance incompatibles avec sa qualité de femme mariée. Il faut donc en conclure que la société entre époux ne peut subsister devant l'autorité maritale (1).

De plus, le Code civil, article 1395, établit l'immutabilité des conventions matrimoniales et cela, dans l'intérêt des époux eux-mêmes et dans celui des tiers. La constitution d'une société entre époux n'aura-t-elle pas pour effet de modifier directement ou indirectement ces conventions ?

De telles dérogations peuvent être directes : ce sont, par exemple, deux époux séparés de biens qui se mettent en société, créant ainsi une sorte de société d'acquêts qui les fait plus ou moins passer sous le régime de la communauté en donnant au mari des droits sur les biens de sa

1. Lacointa, note S. 1888. 1. 305.

femme, et à la femme des droits sur ceux de son mari (1).

Elles peuvent aussi être indirectes : c'est ainsi que les donations entre époux sont révocables (art. 1096, 1097, 1099 C. civ.); or, les époux pourront facilement éluder cette disposition en constituant une société dans laquelle ils feront des apports inégaux dont ils majoreront ou diminueront la valeur de manière à créer une égalité factice. De la même manière, ils pourront contrevenir à l'article 1595 qui prohibe, sauf dans des cas limitativement énumérés, les ventes entre époux de sorte qu'ils commettront ainsi une fraude à l'égard de la loi.

On le voit cette opinion arrive à créer une présomption irréfragable de fraude à l'égard de toute société entre époux. Elle invoque, de plus, l'article 1840 qui, prohibant implicitement, toute association universelle entre deux époux, n'est, à son avis, qu'une application à un cas particulier des principes qu'elle vient de poser. Enfin elle fait appel à l'article 4 C. com. que nous avons déjà étudié. En effet, si la société entre époux est valable, il en résulte que le mari et la femme sont tous deux commerçants, ce qui serait contraire à l'article 4 car il ne peut y avoir là un commerce séparé au sens de cet article.

Est-ce à dire que toute société qui compte parmi ses membres les deux époux doit être annulée. Il semble que non. Ce que l'esprit de la loi proscrit c'est une société de personnes où les deux époux ont des droits égaux de gérance et où l'un ne peut rien faire sans l'autre. Il en est différemment lorsque la société est une société de capitaux telles que la société en commandite par actions pour

1. Paris, 24 mars 1870, S. 1871. 2. 71; Paris, 9 mars 1859, S. 1859. 2. 502.

les actionnaires et la société anonyme, car alors la qualité des deux époux ne figure pas sur les titres qui constatent leurs droits. Il en est de même dans les sociétés en commandite simple pour les commanditaires dont les fonds perdus interviennent seuls à l'exclusion des noms et des personnes.

Restent donc interdites les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite pour les commandités, les associations en participation et les sociétés civiles.

§ 2. — THÈSE DE LA VALIDITÉ

Dans l'opinion contraire on fait valoir que le système adverse, s'il était adopté dans son intégralité, présenterait de graves inconvénients économiques provenant d'abord de l'impossibilité qui en résulterait pour un mari et une femme de diriger ensemble une exploitation commerciale et, plus tard, de la nullité qui atteindrait leur société. Pourquoi annuler dans tous les cas toute société conclue entre deux futurs époux avant leur mariage (1) ? N'est-ce pas une prime donnée au concubinage (2) ?

Un fort courant se dessine dans la doctrine pour faire admettre la validité d'une telle société, certains cas exceptionnels exceptés. A l'appui de cette opinion on fait valoir

1. Paris, 9 novembre 1859, D. 1860. 2. 13, S. 1859. 2. 502 et aussi Paris, 27 juillet 1870, S. 1871. 2. 268. Ces décisions invoquent la survenance d'une prétendue incapacité, mais c'est créer une incapacité sans texte.

2. N'est-ce pas le cas de répéter avec M. Planiol : « Vraiment la jurisprudence chercherait à favoriser l'union libre au détriment du mariage qu'elle ne s'y prendrait pas autrement », III, n. 1100 *bis*.

tout d'abord l'absence de textes législatifs précis. Or, en cette matière, comme en toute autre, la capacité doit être la règle et l'incapacité l'exception. La femme commerçante est pleinement capable lorsqu'elle agit pour les besoins de son commerce, de quel droit veut-on restreindre cette capacité ?

Du reste, les arguments invoqués par l'opinion contraire ne sont pas aussi probants qu'elle le prétend.

On peut d'abord s'étonner que la jurisprudence qui, de nos jours, tend à élargir la capacité de la femme, et qui n'hésite pas à autoriser la femme à faire le commerce contre la volonté formelle de son mari, refuse de sanctionner un contrat qui montre l'accord complet des époux et qui, de plus, tend à rendre le lien matrimonial plus indissoluble et à fortifier l'unité de la famille. Le fait d'invoquer la puissance maritale est un pur anachronisme qui choque nos idées actuelles alors que tout, au contraire, mœurs, idées, législation tend à agir en sens contraire. Du reste, ce système conduit dans des cas particuliers à des résultats qui vont contre son but. Nous avons vu, en étudiant l'article 4 C. com., que lorsqu'une femme commerçante se marie avec un de ses employés, elle reste commerçante, si le mari ne cesse pas d'être employé. Mais elle peut désirer appeler son mari à la direction en s'associant avec lui. Or, une telle société est nulle par respect pour l'autorité maritale de sorte qu'on oblige le mari, pour sauvegarder son autorité, à rester le commis de sa femme. Une telle conséquence n'est-elle pas absurde et ne suffirait-elle pas à faire écarter l'opinion que nous combattons (1) ?

1. M. Planiol (*Rev. crit.*, 1888, p. 275) écrit : « à vrai dire pour une femme autorisée à faire le commerce, le code de commerce ne connaît

De plus, la ressemblance avec le cas de la vente entre époux (1595 C. civ.) peut être invoquée en faveur d'une modification législative, mais non pour justifier une décision jurisprudentielle, les interdictions étant de droit étroit.

On donne une portée exagérée à l'article 5 C. com. Quand on veut en tirer la condamnation de toute société entre époux, cela rappelle l'ancienne théorie de la présomption irréfragable qui, ainsi que nous l'avons vu, est abandonnée aujourd'hui. Cet article envisage les époux *ut singuli* et non lorsqu'ils sont réunis. De plus, dans le cas de la société on ne peut plus parler de commerce du mari et de commerce de la femme, il n'y a qu'un commerce de la société.

L'argument tiré de la révocabilité des donations ne paraît pas probant. Ne pourra-t-on considérer la majoration volontaire des apports de l'un des époux comme une fraude à la loi et, dans ce cas susceptible de se présenter assez rarement, annuler la société au lieu d'édicter préventivement une présomption irréfragable de mauvaise foi ?

Enfin il semble qu'on fait dire à l'article 1395 C. civ. ce qu'il ne dit pas. Quel est le but de cet article ? Est-ce d'interdire tout contrat entre époux ou simplement de leur défendre de violer leurs conventions matrimoniales ? Si on adopte la première opinion, ce n'est pas seulement la société qu'il faudra annuler, mais aussi le mandat donné à son mari par la femme séparée de biens de gérer les biens dont elle a la disposition, le prêt ou le louage faits

pas la puissance maritale ». Sans aller aussi loin que cet éminent auteur, nous dirons que, à une femme autorisée à faire le commerce, on ne peut pas opposer le principe de l'autorité maritale pour lui interdire de faire certains actes surtout lorsque le mari est consentant.

par un des époux à son conjoint, etc., en un mot tous les contrats qui ne sont pas formellement autorisés par la loi. Si, au contraire, on estime que l'article 1395 interdit seulement aux époux tout contrat qui aurait pour but de violer leurs conventions matrimoniales, il faut reconnaître la validité de toute société qui ne dénaturerait pas leur contrat de mariage. Ainsi que le dit M. Pic (1), il n'y aura nullité que si la fraude à la loi existe, et il faudra seulement éviter que « la société ne contienne pas une partie trop considérable (à apprécier en fait) des biens qui, aux termes du régime adopté (séparation de biens, régime dotal), devraient demeurer séparés ou dont la jouissance est réservée à la communauté ». Il nous semble qu'il faut aussi éviter que les statuts ne soient conçus de telle sorte qu'ils permettent à la femme d'échapper d'une manière plus ou moins complète à la puissance maritale qui existe toujours dans notre législation, ou qu'ils lui donnent un pouvoir de gestion inconciliable avec les droits du mari comme chef. Il semblerait même prudent d'exiger que chaque époux se réserve le droit de faire cesser la société à tout moment. Il y aurait là à leur profit une sorte de droit de révocation analogue à celui qui existe pour les donations et qui serait susceptible d'assurer le respect de leurs droits réciproques. Au lieu du système de la jurisprudence qui, dans tous les cas et quelles que soient les circonstances, annule toute société entre époux, nous nous trouverions en présence de sociétés, valables en principe mais susceptibles d'être annulées seulement après examen. Que l'on fasse disparaître les clauses du contrat de société inconciliables avec les clauses du contrat de mariage, que même dans ce cas, on annule

1. I, n. 409.

complètement le premier, rien de plus naturel et nous n'y contredisons pas ; mais qu'on le fasse sans s'être livré à une étude quelconque, sans avoir recherché si les deux contrats sont oui ou non compatibles entre eux, cela ne nous paraît pas soutenable et doit être repoussé.

La loi de 1907 nous paraît devoir fournir un nouvel argument en faveur de cette théorie. En effet, on ne peut plus parler de violation des conventions matrimoniales puisque la nouvelle loi est d'ordre public et que les droits de la femme sur les biens réservés ne varient pas quel que soit le régime. Quant à la puissance maritale, il semble qu'elle disparaît lorsqu'il s'agit de la gestion de ces biens. Le mari et la femme ont désormais chacun un patrimoine sur lequel ils ont des droits de disposition égaux : ils peuvent donc traiter entre eux à égalité et sans qu'il ait dans un tel contrat violation d'un principe quelconque (1).

§ 3. — CARACTÈRES ET CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ D'APRÈS LA JURISPRUDENCE

« On aurait compris, écrit M. Pic (2), que la jurisprudence fit de la nullité de la société entre époux une mesure

1. Margat, p 134 ; Pichon, n. 231. *Contra* Lalou, n. 53 Il nous paraît intéressant de mentionner la thèse de Manara (I, 91) faisant intervenir le tribunal pour permettre à la femme de s'associer avec son mari dans le cas où le lien social paraît susceptible de déterminer une opposition d'intérêts entre les deux époux, le mari ne pouvant être *auctione in rem suam*. La femme, dit-il, peut être en fait la cheville ouvrière de l'entreprise, pourquoi lui refuser la qualité d'*uxor socia (mercatrix)* et la reléguer au rang subordonné de préposée du mari *(uxor mercatoris)?* A cette théorie si séduisante, il manque la confirmation législative.

2. I, p. 412.

de protection pour la femme (semblable à ce qu'elle fait pour l'inaliénabilité dotale). Elle aurait déclaré la femme frappée d'une incapacité relative en ce sens que, seule, elle aurait pu demander la nullité ». Or la jurisprudence prétend que la nullité est absolue et d'ordre public, si on accepte cette interprétation, il faudrait donc en déduire :

1° La nullité doit pouvoir être invoquée pour tout intéressé ;

2° Peu importe que les époux constituent la société à eux seuls ou qu'il y ait d'autres personnes dans l'entreprise, la société sera toujours nulle et aucun des associés n'aura acquis de par sa participation à la société, la qualité de commerçant. Aucun d'eux ne pourra être déclaré en faillite pour ce seul fait ;

3° Cette nullité n'est pas comparable à la nullité pour défaut de publicité qui n'est prononcée que dans l'intérêt des tiers alors que la première l'est pour fraude à la loi. Donc, les choses doivent être remises, autant que faire se peut, dans le même état que si la société n'avait pas existé.

Or, la jurisprudence n'a pas appliqué dans son intégralité les conséquences qu'elle aurait dû tirer de ses prémisses et elle est arrivée à ce résultat paradoxal qu'elle rend sur certains points des décisions identiques à celles qu'elle rendrait si elle admettait la validité de la société.

1° *Qui peut invoquer la nullité ?* A ce point de vue particulier, la jurisprudence est restée logique avec elle-même lorsque la société est conclue uniquement entre les époux. Elle reconnaît le droit d'invoquer la nullité à tout intéressé (1), c'est-à-dire :

1. Paris, 24 mars 1870, S. 70. 2. 324.

a) A la femme et au mari. Ce sont les premiers intéressés, la femme peut désirer reprendre l'administration exclusive de ses biens lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal avec paraphernaux, ou sous celui de la séparation de biens, le mari peut vouloir en faire de même pour ses propres ou pour les biens de la communauté.

b) Les créanciers de la société dont l'intérêt est moins évident mais qui peuvent songer à faire annuler un contrat passé avec la société.

c) Enfin les créanciers respectifs des époux qui désirent ne pas être primés par les créanciers de la société sur les biens de cette société.

La nullité étant d'ordre public, les créanciers pourront l'opposer aux époux et se l'opposer respectivement et il en sera de même dans les rapports entre les époux avec leurs créanciers propres ou avec ceux de la société. Pour la même raison, la nullité ne pourra se couvrir ni par confirmation, ni par prescription (1). Si un divorce survient entre les époux et s'ils maintiennent la société par une confirmation expresse, cette convention ne régira que l'avenir et n'aura pas d'effet rétroactif.

Lorsque la société est conclue entre les époux et des tiers, il devrait en être de même et certains arrêts ont affirmé, à diverses reprises, le caractère absolu de la nullité d'une telle société. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1912 est formel : « Toute société formée par une femme avec son mari et un tiers, est atteinte d'une nullité radicale comme incompatible... » (2). Mais certains tribu-

1. Paris, 4 avril 1856, S. 1856. 2. 369.

2. S. 1912. 1. 149. Dans le même sens Nîmes, 24 avril 1900, S. 1902. 2. 302.

naux ont hésité à tirer toutes les conséquences d'un tel principe et ils ont parfois décidé que la société étant déclarée en faillite, il s'ensuivait *ipso facto* la faillite du mari et des tiers, pendant que la femme y échappait parce qu'elle n'avait pu acquérir la qualité de commerçante (1).

2° *Conséquences de la nullité.* Le flottement de la jurisprudence est encore plus marqué lorsqu'il s'agit de procéder à la liquidation de la société et de déterminer quels sont les principes qui devront être appliqués dans cette hypothèse. On peut dire qu'il n'y a pas là de théorie jurisprudentielle bien ferme, et que les décisions rendues reflètent plusieurs tendances.

Etant donné que, dans certains cas, la société a fonctionné pendant un temps plus ou moins long, parfois même vingt-six ans, avant que la nullité ne soit demandée et obtenue, il a paru difficile aux tribunaux de prononcer l'annulation de tous les contrats passés par la société. Ils ont reculé devant la perturbation énorme qui en serait résulté et ils ont décidé que, la bonne foi des tiers ne pouvant être mise en doute, les contrats seraient maintenus. Or, et c'est là où se montre l'illogisme de la jurisprudence, si on laisse subsister les contrats antérieurs, on ne peut plus parler de nullité d'ordre public car on se trouve en présence d'une société qui a pu passer des contrats légalement valables, ester valablement en justice, soutenir, gagner ou perdre des procès, se livrer à des spéculations : des bénéfices ou des pertes en sont résultées et une liquidation s'impose. On ne pouvait, en effet, laisser les choses

1. Dijon, 22 décembre 1875, S. 1875. 2. 76; Civ. 19 janvier 1881 et 10 mai 1882, D. 1882. 1. 63, 1883. 1. 112.

en l'état, et soutenir que l'adage *in pari causa, melior est causa possidentis* devait être appliqué car c'eût été réaliser au profit de l'un ou de l'autre des époux un enrichissement injuste. Mais, il nous semble qu'à partir du moment, où les tribunaux ont admis cette thèse, ils ont par là même, admis l'existence d'une société de fait et ont sapé à la base leur construction d'une nullité absolue. Voilà une société qui est atteinte d'une nullité d'ordre public et, malgré cela, on admet qu'elle peut fonctionner légalement puisque les actes qu'elle passe sont valables ! Ne peut-on penser qu'un système qui aboutit à un tel résultat est inconséquent et incohérent ? Si, pendant toute la durée de la société, la jurisprudence admet qu'en fait la pseudo-violation de la loi n'a pu avoir de conséquences illégales et si elle fait fléchir, pendant ce même laps de temps, les deux principes de l'autorité maritale et de l'immutabilité des conventions matrimoniales, au nom desquels, pourtant, elle prononce la nullité de la société, ne peut-on penser que le péril est moins grand que la Cour de cassation veut bien le dire et qu'il vaudrait bien mieux qu'elle adopte l'opinion contraire et admettre la validité ?

1° Pendant longtemps, la jurisprudence a appliqué à la liquidation de cette Société de fait les règles de l'indivision et elle a condamné les époux solidairement envers les tiers (1) de sorte que le passif se divisait par tête entre les époux (2) et qu'on ne tenait pas compte de l'acte de société.

2° Des arrêts généralement plus récents, décident que c'est le droit commun qui doit être appliqué, la liquidation

1. Civ., 23 nov. 1812, S. chr. ; 5 mai 1857, S. 1859. 1. 490.
2. Req., 23 avril 1902, D. 1902. 1. 309, S. 1904. 1. 506.

se fera encore sans tenir compte de l'acte de société mais proportionnellement aux apports, conformément à l'article 1860 C. civ. (1).

3° Enfin une dernière tendance existe qui préconise l'application pure et simple des statuts à la liquidation de la société. En effet, si l'acte de société n'est pas dénué de toute valeur à l'égard des tiers pourquoi n'admettrait-on pas qu'il soit valable pour régir les rapports entre les époux ? On invoque en ce sens et en raisonnant par analogie l'article 9 de la loi du 1er juillet 1901, d'après lequel, en cas de dissolution prononcée par la justice, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts (2).

Dans ces conditions, on peut se demander avec M. Hémard (3) si « nous sommes si éloignés qu'on le pense généralement de la validité des sociétés entre époux ». La jurisprudence arrive à ce résultat que la nullité n'empêchant pas une société de fait d'avoir existé dans le passé, il s'ensuit que personne n'a intérêt à demander la nullité quand la société est prospère, et qu'au contraire, dès qu'elle périclite l'intérêt des associés comme celui des créanciers les

1. Civ, 7 mars 1888, D. 1888. 1 349 ; Req., 11 avril 1906 et 19 mai 1908, D. 1908 1. 359 ; 23 janvier 1912, *J. S.* 12 426 ; 3 juillet 1917, D. 1917. 1. 127.

2. Paris, 2 août 1899, *J. T. C.*, 1900, p. 401. L'arrêt de 1906 cité à la note précédente semble admettre cette solution lorsqu'il dit : « en l'absence de conventions écrites le règlement des intérêts respectifs des époux entre lesquels existait une association de fait, ne peut s'opérer qu'en conformité des dispositions de 1852 ». La Chambre des requêtes paraît déclarer qu'elle aurait appliqué les statuts s'il y en avait eu.

3. N. 69

pousse à la demander. Cette critique nous paraît suffisante pour souhaiter soit un changement jurisprudentiel, soit une intervention législative (1).

1. En Belgique la jurisprudence annule les sociétés entre époux. Gand, 23 déc. 1896. *Rev. prat.*, 1897, p. 123; Trib. com. Bruxelles, 20 décembre 1906, *Rev. prat.*, 1907, p. 203. En Allemagne, en Italie et en Angleterre, elles sont valables en principe.

CHAPITRE II

SOCIÉTÉ AVEC UN TIERS

Après avoir été autorisée par son mari à faire le commerce, la femme peut-elle contracter une société avec un tiers ? Telle est la question que nous devons étudier.

Tout d'abord nous devons écarter comme ne rentrant pas dans notre sujet les cas où la femme, en entrant dans une société, n'acquiert pas la qualité de commerçante. Nous ne nous occuperons donc pas des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions lorsque la femme achète des actions, ni même des sociétés en commandite simple lorsque la femme se contente de la qualité de commanditaire, le commanditaire n'étant pas commerçant (1). Nous n'examinerons donc que les cas où la femme désire entrer dans une société en nom collectif, dans une association en participation ou enfin comme commanditée dans une société en commandite simple ou par actions.

1. Lorsqu'une femme déjà commerçante désire acheter des actions ou commanditer une société avec ses biens réservés elle peut le faire sans autorisation, depuis la loi de 1907, en vertu des pouvoirs que cette loi lui donne sur ses biens réservés (art. 1).

On a soutenu qu'une telle société serait nulle. En effet, la société si elle suppose l'égalité entre tous les associés, oblige la minorité à s'incliner devant la décision de la majorité. La femme peut se trouver dans cette minorité, et, à ce moment-là, elle sera soumise à deux autorités : celle de son mari et celle de ses coassociés. Or, il est contraire à la conception du législateur que la femme soit soumise à l'autorité d'un tiers car l'autorité maritale ne peut être ni restreinte ni réduite et l'entrée de la femme en société équivaaut à une telle restriction.

On ajoutait que l'entrée de la femme en société équivalait aussi à une interdiction implicite faite au mari de révoquer l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce, car l'intérêt des tiers associés entrait en jeu et ne pouvait être sacrifié (1).

Cette opinion n'a pas prévalu ni en doctrine, ni en jurisprudence. On a répondu au dernier argument du système contraire que pour que la société puisse continuer à fonctionner il faut que tous les associés conservent la qualité des commerçants. Si, pour une raison ou pour une autre, un d'entre eux perd cette qualité, la société doit être mise en liquidation. Or, la femme n'est commerçante que grâce à l'autorisation du mari. Si cette autorisation lui est retirée elle cesse d'être habilitée à faire le commerce et la société doit se dissoudre.

Quant au premier argument, restriction de la puissance maritale, s'il présentait une certaine valeur autrefois, il nous semble qu'actuellement l'objection est « sinon hypocrite, du moins puérile et archaïque » (2). Elle n'a pas embar-

1. Ruben de Couder, Société, n. 52 ; Bédarride, n. 125.
2. Lalou, n. 53.

rassé le législateur qui a permis aux femmes mariées de faire partie d'une société de secours mutuels sans autorisation du mari (loi du 1er avril 1898, article 3). Elle pouvait peut-être paraître spécieuse aux législations antiques qui admettaient entre les associés le *jus fraternitatis*, mais, comme l'écrit M. Pichon, « il y a beau temps que cette conception quelque peu idyllique n'est plus et a fait place à des tendances commerciales et... moins inquiétantes ». Du reste, il y a un moyen très simple d'écarter l'objection, c'est d'obliger la femme à demander une nouvelle autorisation à son mari. Celui-ci se prononcera en tout état de cause de sorte que son autorité n'aura pas été mise en échec.

C'est la solution à laquelle la doctrine et la jurisprudence se sont ralliées. Une nouvelle autorisation doit être demandée par la femme lorsqu'elle veut entrer dans une société en nom collectif, et comme commanditée dans une société en commandite simple ou par actions (1 et 2). Cette autorisation présente les mêmes caractères que celle de faire le commerce et soulève les mêmes difficultés. Elle doit émaner du mari et peut être tacite ou expresse. Tacite, elle peut s'inférer soit du concours du mari à un titre quelconque à l'acte, soit du fait que le mari a loué un de ses immeubles à la société, etc., soit de toutes autres circon-

1. On exige même cette autorisation lorsqu'elle veut participer à une société par actions dont les actions ne sont pas entièrement libérées.

2. Alauzet, III, n. 386; Arthuys, I, n. 19; Aubry et Rau, 156, note 72; Boistel, n. 102; Demolombe, IV, n. 287; Bravard, p. 157; Houpin, I, n. 19; L.-C. et R., I, n 254; Massé, I, n. 1122; Planiol, I, n. 946; Pont, 82; Paris, 3 décembre 1858, S. 1859. 2. 901; Req., 9 novembre 1859, S. 1860. 1. 76; Lyon, 28 juin 1866, S. 1867. 2. 146. Cass., 8 décembre 1891, S. 1892. 1. 393.

stances qui permettront au juge du fait de déclarer que l'entrée de la femme en société a eu lieu « au vu et su » du mari. Expresse, elle pourra être générale ou spécifier la société particulière qui est visée. Les tribunaux fidèles au système qu'ils ont adopté et que nous avons déjà critiqué s'arrogent le droit d'autoriser la femme à entrer en société malgré la volonté contraire du mari. En fait, de telles décisions n'ont été rendues que dans les cas où les époux étaient séparés de biens (1).

Depuis la loi de 1907, certains auteurs ont prétendu qu'actuellement la femme commerçante pouvait librement former une société avec un tiers. Cette opinion s'appuie sur l'article 1er de la loi qui n'établit aucune restriction. Nous avons déjà vu qu'un pareil raisonnement avait permis de croire que, dorénavant, la femme pourrait faire le commerce avec ses biens réservés sans l'autorisation de son mari. Nous avons combattu cette opinion, en montrant que l'article 1er de la loi de 1907 ne prévoyait que des placements et non l'exercice d'une profession. Or, on ne peut soutenir que dans les cas de sociétés que nous envisageons actuellement, la femme en y entrant ne fasse qu'un placement. Nous n'admettons même pas la solution de M. Pichon qui restreint le pouvoir nouveau qu'il reconnaît à la femme aux sociétés à durée indéterminée, l'article 1859 C. civ. lui permettant alors de se retirer quand elle le désirera ou quand son mari interviendra. Même dans ce cas, il nous paraît qu'en l'état actuel de la législation, la femme doit solliciter une nouvelle autorisation de son mari avant de courir les risques de la constitution d'une société (2).

1. Grenoble, 27 janvier 1863, S. 1863. 2. 79.

2. Pichon, *Rev. crit.*, 1908, p. 230, contre Deschamps, p. 61; Guyon,

Lorsque la femme n'aura pas été autorisée par son mari, la société sera nulle (1) pour incapacité d'un des associés. Les règles d'une telle nullité seront applicables en l'espèce.

C'est une nullité relative qui ne peut être provoquée que par la femme ou par le mari. Il y aura donc là une menace continuelle pour les coassociés de la femme, mais il y aura un moyen de la faire disparaître ; les autres associés n'auront qu'à notifier au mari par voie extrajudiciaire l'entrée de la femme dans la société. Si le mari n'intente pas aussitôt l'action en nullité, il ne pourra pas le faire plus tard, son silence sera interprété comme un consentement tacite et la femme ne pourra plus, pour les mêmes raisons, arguer du défaut d'autorisation.

La femme incapable pourra, si la nullité est demandée et prononcée, reprendre son apport mais elle sera tenue à l'égard de ses coassociés et des créanciers de la société jusqu'à concurrence de son enrichissement car nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

La nullité disparaîtra s'il y a eu ratification après la cessation de l'incapacité (dissolution du mariage par ex.) ou confirmation tacite depuis la disparition de la cause de la nullité (la jurisprudence se montre large sur ce point, elle voit une confirmation dans l'exécution volontaire des

p. 98; Bernard et Bonnecase, n. 10; Thaller, 5e éd., p. 114. Le code civil allemand qui, ainsi que nous l'avons vu, permet à toute femme mariée de se faire inscrire sur le registre du commerce, sauf opposition formelle du mari, décide, dans son article 1358, que ce dernier peut s'opposer à tout acte de la femme impliquant une prestation vis-à-vis des tiers. L'entrée de la femme en société tombe sous le coup de cette prohibition.

1. Rouen, 3 décembre 1858, S. 1859. 2. 501.

opérations accomplies en temps d'incapacité, l'acceptation des fonctions de gérante, la participation réelle aux opérations de la société, etc.). Enfin la nullité peut être couverte lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis la cessation de l'incapacité (article 1358 C. civ.).

DEUXIÈME PARTIE

DE L'EXPLOITATION D'UNE MAISON DE COMMERCE DIRIGÉE PAR UNE FEMME MARIÉE

Dans cette étude, nous envisagerons uniquement l'exploitation de la maison de commerce qui a une femme mariée à sa tête, sans nous occuper des diverses circonstances qui peuvent mettre fin d'une manière ou d'une autre à cette exploitation. Nous examinerons donc seulement la capacité de la femme mariée commerçante et les conséquences de ses actes dans les rapports entre les époux et dans les rapports avec leurs créanciers respectifs.

SECTION I

De la capacité de la femme mariée commerçante

Dans cette section, nous nous placerons uniquement au point de vue de la capacité de la femme mariée commerçante et de la validité de ses actes sans nous occuper des biens qui constitueront le gage de ses divers créanciers.

Nous étudierons, tout d'abord, dans un premier chapitre, la capacité de contracter, dans un second la capacité d'ester en justice. Un troisième chapitre nous permettra d'examiner les différentes incapacités des femmes mariées commerçantes et, enfin, nous indiquerons dans un quatrième chapitre les conséquences que produit sur sa capacité la minorité de la femme mariée habilitée à faire le commerce.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CAPACITÉ DE CONTRACTER DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Le Code de commerce (art. 5 et 7) reconnaît une capacité très large à la femme mariée, régulièrement autorisée à faire le commerce. Elle « peut sans l'autorisation du mari s'obliger pour ce qui regarde son négoce » et même, jusqu'à la loi de 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière commerciale, elle pouvait, comme tous les autres commerçants, être contrainte par corps. Depuis la promulgation du Code, la loi de 1907, seule, a augmenté sur certains points la capacité des femmes : cette loi, étant d'ordre public et conçue dans un esprit général, a agi indirectement et pour l'accroître sur la capacité des femmes commerçantes. Nous étudierons donc dans deux paragraphes la capacité avant la loi de 1907 et les modifications apportées par cette loi.

§ 1. — CAPACITÉ DE CONTRACTER DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE AVANT LA LOI DE 1907

L'article 5 du C. com. lorsqu'il décide que la femme peut « sans l'autorisation de son mari s'obliger pour ce qui

regarde son négoce doit être entendu » sans qu'il soit besoin d'une autorisation spéciale à chaque acte, le consentement donné par le mari d'une façon générale, à l'exercice du commerce étant suffisant. En effet, la femme n'est pas incapable de par son sexe ; si, lorsqu'elle se marie, le législateur estime que, dans l'intérêt de l'unité de direction de la famille certaines restrictions doivent être apportées à ses droits, il décide aussi que l'autorisation donnée par le mari fait disparaître une partie de ces restrictions et que la femme retrouve une partie de sa capacité, sous condition d'agir dans les limites de l'autorisation dont elle bénéficie. Du reste, pourrait-on comprendre qu'une femme autorisée à faire le commerce soit forcée, à chacun des actes de son exploitation, d'aller chercher l'autorisation du mari ? D'abord ce n'eût plus été la femme qui eût été commerçante mais bien son conjoint et ensuite, il serait résulté de cette intervention incessante du mari un grand préjudice pour la rapidité des affaires commerciales.

A. — Actes permis à la femme commerçante

Il résulte des dispositions du Code de commerce que la femme peut consentir tous les actes de disposition même les plus graves, relatifs tant à sa fortune mobilière qu'à sa fortune immobilière et, en cela, sa capacité est plus grande que celle du mineur commerçant car, elle peut, non seulement engager et hypothéquer ses immeubles, mais aussi les aliéner (art. 7, al. 1, C. com.) alors que l'aliénation pure est simplement interdite au mineur qui doit, dans ce cas, observer les formalités de l'article 457 du C. civ. (art. 6, al. 2 C.com.). Seuls les contrats à titre gratuit lui restent interdits.

Sans entrer dans l'énumération complète de tous les actes que la femme pourra ainsi passer, nous dirons rapidement qu'elle peut engager, hypothéquer, aliéner ses immeubles, assurer les objets de son commerce, acheter et vendre, souscrire des lettres de change ou des billets à ordre, transiger (art. 2045 C. civ.), etc.

Lorsque nous étudierons la faillite de la femme mariée, nous reviendrons sur le point de savoir si elle peut avoir un domicile distinct de celui de son mari tout au moins en ce qui touche l'exploitation de son commerce. Disons, dès maintenant, que nous répondrons par l'affirmative.

Malgré la formule générale de la loi, des doutes se sont élevés sur la possibilité pour la femme de cautionner la dette d'un autre commerçant : pour certains auteurs, étant donnés les dangers d'une telle opération, il y aurait lieu de refuser cette faculté à la femme (1). L'opinion contraire nous paraît préférable, la femme peut avoir intérêt à un tel acte qui, du reste, est de pratique courante dans le commerce, et nous ne voyons pas de raison pour lui refuser ce droit et restreindre ainsi ses pouvoirs. Aucun doute ne serait possible si elle n'était pas mariée, or l'autorisation du mari ne lève-t-elle pas l'incapacité résultant de cette qualité de femme mariée (2)?

1. Demolombe, IV, n. 298 ; Fuzier-Herman, art. 220, note 212 ; Pardessus, I, n. 62.

2. Baudry et Fourcade, III, n. 2272 ; Duranton, II, n. 479 ; Merlin, *Autorisation maritale*, Sect. VII, n. 6 ; Vazeilles, II, n. 332. Nous étudierons plus loin le cas où c'est le mari qui est cautionné.

B. — Présomption de commerciabilité attachée aux actes de la femme mariée commerçante

Cette capacité spéciale de la femme mariée commerçante ne lui est accordée, cela se comprend facilement, que pour les besoins de son commerce. Hors de là, elle reste incapable et doit solliciter l'autorisation spéciale du mari. Il est donc important de savoir si la femme marchande publique qui s'oblige, le fait dans l'intérêt de son négoce, car, de la réponse qui sera donnée, résultera la validité ou la nullité de l'obligation. La doctrine est très divisée sur la solution à donner et divers systèmes sont en présence :

a) d'après une première opinion on ne peut songer à étendre l'application à ce cas particulier, de l'article 638 C. com. Cela résulte, d'abord, de la place de cet article dans le titre II du livre IV ayant pour titre : « de la compétence des tribunaux de commerce ». L'article 638 tranche donc une question de compétence et non une question de validité. En l'absence de dispositions spéciales le droit commun doit s'appliquer : si une contestation surgit entre la femme et un tiers sur la validité d'une obligation de la femme, le tiers prétendant que l'obligation est valable, étant faite pour les besoins du commerce de sa débitrice et celle-ci soutenant le contraire, ce sera au tiers à prouver la cause de l'engagement et la vérité de son assertion (1).

b) Dans une deuxième opinion, on admet bien que l'article 638 peut être étendu au cas de la femme mariée commerçante, on peut donc en déduire une présomption de

1. Bravard, V, n. 97.

commercialité mais seulement dans les cas prévus nettement par cet article. Seront donc présumés faits dans l'intérêt du commerce les souscriptions de billets par une femme lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée (1), dans les autres cas la présomption disparaît et c'est au créancier à prouver la commercialité de l'acte.

c) Pour Pardessus (2), il n'y aurait lieu de considérer comme présumés faits dans l'intérêt du commerce que les actes qui sont commerciaux par leur nature, comme la signature d'une lettre de change, d'un billet à ordre, et de ceux qui expriment une cause relative au commerce.

d) Enfin dans une dernière opinion, on admet l'extension de l'article 638 quel que soit l'acte passé par la femme commerçante. Il y aura alors une présomption que l'acte est fait pour les besoins du commerce, admettant toutefois la preuve contraire. La règle est donc la validité. En effet, les actes civils qui entraînent une obligation quelconque pour la femme mariée sont relativement rares dans la vie ordinaire. Au contraire, la femme commerçante est amenée à passer quotidiennement un grand nombre d'actes qui présentent un intérêt pour son négoce. Il est donc naturel de ne pas les considérer comme constituant l'exception. La jurisprudence invoque en faveur de cette opinion un autre argument : l'intérêt bien entendu de la femme elle-même qui serait en état d'infériorité par rapport à ses concurrents si elle était moins libre qu'eux dans la direction de son commerce. En effet, si une doctrine différente était admise, les créanciers, craignant toujours que la femme ne leur oppose plus tard son incapacité pour

1. Duranton, I, n. 238, II, n. 483.
2. N. 71.

demander la nullité de l'engagement qu'elle a consenti, exigeraient la signature du mari à côté de celle de la femme ce qui entraînerait d'abord un retard souvent fâcheux et, de plus, l'intervention incessante du mari dans l'exercice du commerce de sa femme rétablissant ainsi, dans la pratique, la nécessité de l'autorisation maritale écartée pourtant par la loi. Enfin, le désaccord qui existe dans l'opinion contraire sur la liste des actes en faveur desquels la présomption de l'article 638 existe, constitue, à notre avis, une raison de plus pour la repousser à cause de l'incertitude qui en résulterait dans la pratique.

Nous déciderons donc que, quelle que soit la forme de l'engagement de la femme, qu'il ait pris la forme sous seing privé ou authentique, il sera réputé fait pour les besoins de son négoce et, par conséquent, valable, le cas où la preuve contraire serait fournie excepté.

Des difficultés s'élèvent sur la production de cette preuve contraire. Supposons que la femme mariée commerçante aliène un de ses immeubles pour les besoins de négoce, par exemple, pour augmenter son capital d'exploitation actuel ? Suffira-t-il pour obtenir l'annulation de la vente de montrer que, en fait, cette destination était inexacte et que la femme a employé les deniers en provenant à toute autre chose que l'augmentation de son commerce? L'affirmative conduirait à une trop grosse iniquité et à une grande facilité de fraude : elle obligerait les tiers à vérifier l'emploi des deniers qu'ils auraient versés et, par conséquent, à intervenir dans les affaires de la femme et cela, par crainte d'une annulation de la vente qui pourrait être prononcée ultérieurement. Il faut donc décider qu'ils doivent accepter comme vraie, la volonté exprimée par la femme et la destination qu'elle déclare vouloir donner au

prix de vente. L'exécution de cette volonté, la réalisation de cet acte sont postérieures à la consommation de la vente. Or, à cette époque, les tiers n'ont aucun droit ni de surveillance, ni d'intervention ; la femme, nantie du prix, peut en disposer à son gré et la déclaration qu'elle aura faite dans l'acte ne pourra constituer un obstacle à ce qu'elle le dissipe follement et sans fruit aucun pour son commerce. On ne peut en faire retomber les conséquences sur les tiers qui, eux, n'ont aucune faute à se reprocher.

En conséquence la preuve à fournir sera non seulement que le prix en a été dépensé sans utilité, mais encore qu'il n'a jamais été versé dans le commerce de la femme, que la conclusion de l'acte avait été résolue pour d'autres motifs et que cette résolution était connue du tiers qui s'y était sciemment associé. Ce sera une question de fait soumise à l'appréciation du juge (1).

§ 2. — MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DE 1907

La loi de 1907 est, avons-nous vu, applicable aux femmes commerçantes, il en résulte que celles-ci jouiront sur leurs biens réservés, lorsqu'elles en auront, des pouvoirs et des droits qui découlent de la nouvelle loi. Il nous faut donc étudier si toutes les femmes mariées commerçantes peuvent se prévaloir de la nouvelle loi, et les conséquences produites sur leur capacité par la dernière intervention législative.

1. Aubry et Rau, V, § 472, n. 73 ; Baudry et Fourcade, III, n. 2276 ; Delvincourt, I, p. 80, note 7 ; Demolombe, IV, n. 300 ; Huc, II, n. 266 ; Lacour, n. 110 ; L.-C. et R., I, n. 257 ; Valette, *Droit civil*, I, n. 342 ; Req., 23 janv. 1854, S. 1854. 1. 93.

A. — La loi de 1907 s'applique-t-elle à toutes les femmes commerçantes?

Il résulte des dispositions de la loi de 1907, que cette loi ne s'applique pas à deux catégories de femmes. L'article 1, al. 5 s'exprime ainsi : « Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des époux » et l'article 2 al. 1 prévoit le retrait soit en tout, soit en partie « des pouvoirs conférés à la femme par l'article 1 ». Ces dispositions étant, comme toute la loi, susceptibles d'atteindre les femmes commerçantes il en résulte qu'il existera deux catégories de femmes mariées commerçantes qui ne pourront se prévaloir de la loi de 1907, *a*) celles qui font un travail commun avec leur mari, *b*) celles auxquelles une décision judiciaire aura retiré leurs nouveaux pouvoirs.

a) *Des femmes commerçantes qui font un travail commun avec leur mari*

La disposition de l'article 1, al. 5 que nous venons de transcrire, rappelle indiscutablement l'article 5 C. com. que nous avons étudié lorsque nous avons examiné la question du commerce séparé. Il est utile de savoir si le nouvel article ne fait, dans le cas particulier qui nous occupe, que confirmer le droit antérieur ou si, au contraire, il apporte des dispositions nouvelles.

Quel est le fondement théorique de cet alinéa?

Pour M. Pichon (1) si la loi exclut du pécule les béné-

1. P. 89. Dans le même sens Deschamps, p. 29; Lalou, p. 56 et note D. 1909. 2. 175; Lecourtois et Surville, p. 7.

fices réalisés par l'effort commun des époux, c'est parce que, dans ce cas, l'atteinte à l'autorité maritale serait plus sensible « l'indépendance de la femme se manifestant non plus loin du mari, à l'usine ou à l'atelier, mais près de lui, à chaque instant, et presque à ce foyer où la tradition et la loi l'ont fait naître » et MM. Lecourtois et Surville rapprochent cette disposition de l'article 387 du C. civ., inspirée, disent-ils, des mêmes motifs, et de laquelle il résulte que, pour que les enfants puissent avoir la jouissance de leurs gains et salaires, il faut qu'il les acquière par un travail et une industrie séparés, c'est-à-dire hors du foyer familial.

Il ne nous paraît pas possible d'accepter cette opinion, car elle nous semble reposer sur une confusion. En effet, lorsque la femme travaille à l'usine et qu'elle y touche un salaire qui est réservé, n'est-ce pas au foyer conjugal qu'elle prendra les décisions sur son affectation future ? N'est-ce pas de son foyer qu'elle dirigera l'administration de ces biens? et l'atteinte à la traditionnelle puissance maritale en sera-t-elle moins sensible ?

M. de la Grasserie (1) voit dans la loi de 1907 une pensée de suspicion à l'égard du mari. Au contraire, lorsqu'on se trouve dans le cas de l'article 1, al. 5 « il s'agit d'un mari travailleur contre lequel, par conséquent, il n'y a plus de précautions à prendre » et, envisageant le cas particulier où le mari est commerçant et la femme employée de son époux, il ajoute « le capital et le travail se trouvent alors intimement fondus ensemble et le premier absorbe le second qui devient un accessoire ».

Cette théorie nous paraît également devoir être repous-

1. P. 490.

sée. M. de la Grasserie pense-t-il que tous les ouvriers sont des fainéants ? Si son argumentation était exacte, il faudrait en déduire que le législateur n'aurait pas dû étendre la loi de 1907 aux classes ouvrières. Quant à la fusion entre le capital et le travail, elle existe dans d'autres cas que celui qui est prévu par l'article 1er al. 5, notamment lorsqu'il y a commerce séparé et que la femme fait le commerce avec les capitaux du mari. Or, les gains de la femme ne sont-ils pas alors, au moins en partie, des biens réservés ?

Pour M. Margat (1), cette disposition de la nouvelle loi est fondée sur la présomption que, dans l'état actuel de nos mœurs, « la femme qui travaille avec son mari lui fournit gratuitement son concours et ne saurait par suite réaliser de gains ». Les travaux préparatoires fournissent un argument en faveur de cette théorie. L'article 3 de la proposition Gourju disait : « Les acquisitions ou plus-values résultant de la collaboration au travail ou aux affaires du mari ou de ses travaux domestiques dans l'intérieur du ménage, ne sont pas compris dans le pécule réservé de la femme mariée jusqu'à preuve de la volonté contraire des époux et qui pourra résulter notamment de ce qu'une rémunération aura été promise ou payée à la femme ». De plus, dans la séance du 14 mai 1907 (2), M. Legrand proposait d'adopter sur ce point le projet soumis par M. Saleilles à la Société d'études législatives et d'après lequel il suffisait à la femme d'établir qu'elle exerce une « profession lucrative ». Mais sans modifier le principe de la disposition, il proposait de substituer à l'expression de « pro-

1. P. 53. Dans le même sens Guyon, p. 56.
2. *J. o.*, 1907. Sénat. *Déb. parl.*, p. 624.

fession lucrative » celle de « profession distincte de son mari ». Il donnait comme raison de ce changement que la seconde expression sauvegardait mieux les droits des tiers qui pourraient éprouver des difficultés à vérifier si la profession de la femme était ou non rémunératrice. Mais dans sa pensée les deux termes avaient le même sens. Il s'ensuivrait, étant donné que cette proposition a abouti, qu'on ne doit pas chercher à interpréter judaïquement ce texte et qu'il en résulte seulement que le travail de la femme doit être rétribué d'une façon indépendante de celui de son mari. Le Code civil allemand a, du reste, dans son article 1367, adopté la même solution, il fait rentrer dans les biens réservés les biens que « la femme acquiert par son travail ou par l'exercice personnel d'une profession lucrative ». Le protocole précise que si la femme travaille dans le métier ou dans le commerce de son mari contre rémunération, celle-ci constitue un bien réservé.

Cette théorie, si séduisante, ne nous paraît pas devoir être acceptée. Elle nous semble, en effet, trop heurter le texte même de la loi de 1907. Dire que le législateur en employant l'expression « profession distincte » a voulu lui donner la même signification que « profession lucrative » et s'appuyer sur un changement dû à un amendement qui avait pour but d' « éclairer le texte » ne nous paraît pas suffisant pour faire une telle violence aux expressions de la loi. En fait, peu importe ce que le législateur a voulu dire, ce qui est essentiel, c'est de voir ce qu'il a dit notamment lorsque les mots qu'il a employés ont une signification très claire et très précise. Or, lorsque le mari et la femme travaillent dans le même fonds de commerce et que l'un d'eux est le patron de l'autre il y a, sans aucun doute possible, travail commun et on ne peut parler de profession

séparée que l'époux non commerçant soit ou non rémunéré.

A notre avis, le législateur a surtout été guidé par la difficulté de la preuve. En effet, lorsque les deux époux fournissent un travail commun, comment la femme, si elle reçoit une rémunération spéciale, pourra-t-elle le prouver afin de bénéficier des dispositions de la loi de 1907 ? En prenant le cas particulier de la femme employée de son mari commerçant, par exemple, comment pourra-t-elle justifier dans ses rapports avec les tiers, qu'elle exerce une profession distincte ou même une profession lucrative ? Il est difficile de le dire à moins de décider que le mari, seul compétent en la matière, ne soit appelé pour affirmer la véracité des prétentions de sa femme, mais ne sera-ce pas ressusciter sous une forme plus ou moins déguisée l'autorisation maritale que l'on voulait justement faire disparaître ? Dans le cas inverse, la solution de M. Margat se heurte aux mêmes difficultés. Si nous supposons que la femme commerçante a son mari pour employé, elle bénéficiera de la loi de 1907, d'après M. Margat, si son mari touche une rémunération spéciale. Comment la femme pourra-t-elle prouver ce fait lorsqu'elle voudra traiter avec un tiers en vertu de la nouvelle loi ? Sera-t elle obligée de communiquer ses livres et l'acte passé avec le tiers devra-t-il faire mention de cette communication pour mettre ce dernier à l'abri de toute action en nullité ultérieure ? On voit les difficultés d'une telle production de preuve et les inconvénients qui peuvent en résulter.

Nous déciderons donc que, lorsque les deux époux travaillent dans la même maison de commerce, peu importe que celui des deux qui est employé touche une rémunération spéciale ; la femme ne pourra dans aucun cas bénéficier de la loi de 1907.

Reprenant les distinctions faites lors de notre étude du commerce séparé (1), nous déciderons donc que si :

1° Le mari est seul commerçant. La femme ne peut se prévaloir de la loi de 1907, et elle n'est pas commerçante ;

2° La femme est à la tête de l'exploitation. Elle peut faire tomber la présomption de l'article 5 C. com., elle est alors commerçante et le mari employé, mais il y a travail commun et la loi de 1907 ne peut s'appliquer (2) ;

3° Les deux commerces sont séparés. Les deux époux sont commerçants et la femme acquiert des biens réservés ;

4° Une société existe entre les deux époux. La jurisprudence, si elle ne modifie pas ses solutions, considérera que le mari seul est commerçant. Pour nous qui admettons en principe la validité d'une telle société, nous avons décidé que les deux époux sont commerçants, mais nous ferons une distinction pour ce qui touche à la loi de 1907 :

a) Si aucun acte formel de société n'est passé entre les époux, il y a bien là une société de fait qui, du reste, rappelle aussi l'association en participation, mais, aux yeux des tiers, les deux époux sont à la tête du commerce et travaillent en commun, la loi de 1907 est donc inapplicable.

b) Par contre, si un acte a été passé entre les époux et régulièrement publié conformément à la loi de 1867, c'est la société qui est à la tête du commerce, les deux époux passent au second plan, il n'y a plus travail en commun au sens de l'article 1er al. 5 ; la loi de 1907 devient applicable et la part de gains de la femme devient réservée. Ajoutons que le motif de la loi : difficulté de preuve disparaît dans

1. *Supra*, p. 68.

2. Deschamps, p. 29 ; Lalou, p. 108, note D. 1909. 2. 175 ; Pichon, p. 89 ; Valéry, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 398.

le cas actuel, la femme pourra facilement prouver par la production de l'acte de société l'existence de sa profession.

A quelles conditions peut-on dire qu'il y a travail commun des époux ? Faut-il que la collaboration du mari au commerce de sa femme soit permanente ou suffit-il qu'elle ne se produise qu'incidemment ? La première solution s'impose, à notre avis, le fait de la part du mari de consacrer au commerce de sa femme les heures de loisir que lui laisse l'exercice de sa véritable profession, ne suffira pas pour faire perdre aux bénéfices de ce commerce leur qualité de biens réservés. Naturellement ce sera au juge du fait à apprécier eu égard aux circonstances de la cause.

En résumé, nous déciderons que les femmes commerçantes qui travaillent avec leur mari ne peuvent se prévaloir de la loi de 1907, à l'exception du cas où il existe entre eux un contrat de société publié suivant les prescriptions de la loi.

b) *Des femmes commerçantes auxquelles une décision judiciaire a retiré les pouvoirs conférés par la loi du 13 juillet 1907.*

L'article 2 al. 1er de la loi de 1907 prévoit qu' « en cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1er, le mari pourra en faire prononcer le retrait soit en tout, soit en partie par le tribunal civil du domicile des époux et même en cas d'urgence par le président de ce tribunal statuant en référé ».

Ainsi qu'on l'a fait observer, ce texte est très large et laisse une grande latitude aux juges de la cause. Sans nul doute, il est général et s'applique dans tous les cas où la femme, de par son travail, peut se constituer des

biens réservés. Il touche donc la femme commerçante.

On s'est demandé si, au cas où le tribunal ferait droit à la demande du mari, la femme ne se trouverait pas, *ipso facto*, dans l'impossibilité de faire le commerce (1). Cette opinion nous paraît reposer sur une confusion : d'où la femme mariée tire-t-elle le droit de faire le commerce et les pouvoirs qui en découlent ? sans aucun doute de l'article 4 C. com. et non de la loi de 1907. Cette loi ne peut donc enlever des droits qu'elle n'a pas créés. L'article 1er al. 2 est, du reste, formel, il ne parle que des « pouvoirs qui lui sont conférés (à la femme) par la présente loi ». Il en résulte que, après le retrait, la femme perdra les pouvoirs qu'elle tient de la loi de 1907, mais qu'elle conservera ceux qui découlent des articles 5 et 7 C. com. Elle se trouvera alors dans la même situation qu'avant 1907, ses bénéfices ne seront pas réservés et suivront le sort prévu par les conventions matrimoniales.

Mais quel sera le sort des biens réservés qui existaient avant le retrait de pouvoirs ? Pour M. Baudry-Lacantinerie (2), ils deviendraient propres quel que soit le régime, car l'article 2 qui prévoit le retrait de pouvoirs vise seulement l'article 1 et non l'article 5. Ce raisonnement ne nous paraît pas devoir être adopté, car il n'y aurait aucune raison de maintenir seulement l'article 5, on devrait aussi décider que tous les articles qui suivent l'article 2 doivent subsister et on serait ainsi amené à accorder à la femme le droit d'ester en justice sans autorisation et celui de reprendre ses biens au cas de renonciation à la dissolution de la communauté. En fait, l'article 5 comme les articles 4 et 6

1. Valéry, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 398.
2. III, p. 185.

sont des conséquences de l'article 1, si on enlève à la femme les droits qu'elle tire de l'article 1, elle ne peut pas conserver ceux qui découlent des autres articles de la loi. Cette loi n'existe plus pour elle et les biens réservés qu'elle pouvait posséder suivent le sort qu'ils auraient suivi avant 1917.

Dans l'intérêt des tiers, une restriction s'impose toutefois. Avant le retrait de ses pouvoirs, la femme a pu passer certains contrats dont la validité ne peut être mise en question postérieurement, les créanciers conserveront donc leurs droits mais pour pouvoir les faire valoir à l'encontre du mari, ils devront prouver l'antériorité de la date par rapport à celle du retrait de pouvoirs.

En présence de l'oubli du législateur de prévoir une publicité spéciale pour le retrait des pouvoirs, il semble que la diminution de capacité qui en résulte ne peut être opposée aux tiers de bonne foi (1).

B. — Des droits de la femme mariée commerçante sur ses biens réservés

La femme mariée commerçante, comme toutes les femmes exerçant une profession lucrative, a, à sa disposition, sauf dans les cas que nous venons de signaler, les gains de son exploitation et cela, comme nous le verrons, en tout ou en partie. Il y a là une sorte de patrimonine spécial soustrait à l'administration du mari et remis à l'épouse qui peut en disposer. L'article 1 al. 1 lui donne, très inexactement du reste, les « mêmes droits que l'article 1448 C. civ. donne

1. Baudry-Lacantinerie, III, p. 185; Guyon, 163; Josson, p. 294; Lalou, n. 140.

à la femme séparée de biens » car l'alinéa 3 du même article ajoute le droit d'aliénation. Il en résulte que la femme peut, sans avoir à demander l'autorisation au mari : *a*) faire emploi des sommes amassées par elle et provenant de son travail en achetant des biens de toute nature, meubles ou immeubles ; *b*) aliéner librement ces biens, les engager et les hypothéquer. La loi ne lui refuse que le droit de faire des libéralités. Ainsi que nous l'avons vu (1), la loi de 1907 lui accorde ce droit non seulement sur ses gains mais aussi sur les économies qu'elle a pu faire sur les produits de son travail (2).

La femme mariée commerçante jouissait déjà de ces droits mais il existait une restriction importante : il fallait qu'elle agisse dans l'intérêt de son négoce. Nous avons vu, il est vrai, qu'en vertu de l'extension admise de l'article 638 C. com., ses actes étaient présumés faits dans l'intérêt de son commerce, mais la preuve contraire était toujours possible. Désormais, il n'en sera plus de même, lorsque la femme aura traité pour ses biens réservés, l'acte sera toujours valable quel que soit le but poursuivi.

1. *Supra*, p. 58.

2. Cette conception est plus large que celle de la loi belge qui ne reconnaît un droit que sur le salaire (loi 10 mars 1900, art. 30) et plus étroite que les lois allemande et genevoise qui font de plus rentrer dans les biens réservés, les choses exclusivement destinées à l'usage personnel de la femme comme ses bijoux et ses instruments de travail, les biens réservés par contrat de mariage ou ceux qui lui sont légués à cette condition.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Aux termes de l'article 215 C. civ., « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari quand même elle serait marchande publique ». A cet égard la capacité de cette dernière est donc moins étendue que celle du mineur commerçant. Le vieux préjugé d'après lequel la femme sort de la réserve imposée à son sexe lorsqu'elle este en justice, lorsqu'elle affronte des débats publics devant les tribunaux était encore vivant dans l'esprit des auteurs de notre code civil.

Le législateur avait admis toutefois que la justice pourrait remplacer le mari à cet égard et autoriser la femme à agir devant les tribunaux (art. 218 C. civ.). Il en résulte que si la femme est demanderesse, elle n'aura qu'à suivre la procédure indiquée par les articles 861, 866 C. pr. civ. (1)

1. Sommation au mari, et, sur refus de ce dernier, requête au président qui, par une ordonnance, permettra de citer le mari devant la chambre du conseil, où le jugement d'autorisation sera rendu, le ministère public entendu.

pour obtenir le jugement qui l'habilitera (1). Ce sera au demandeur, si la femme est défenderesse, à obtenir pour elle l'autorisation maritale, pour cela, il n'aura qu'à assigner les deux époux devant le tribunal compétent.

La jurisprudence a décidé que, au cas où le procès doit venir devant le tribunal de commerce, c'est ce tribunal qui est compétent pour donner l'autorisation. En effet, aucun texte ne réserve la compétence exclusive du tribunal de commerce, au contraire l'article 218 C. civ. dit « le juge » en général alors que l'article 219 C. civ. précise que c'est le tribunal civil qui doit autoriser la femme lorsque le mari ne veut pas permettre à son épouse de contracter (2). Cette jurisprudence est approuvée implicitement par la loi du 2 juillet 1905 article 16 permettant aux juges de paix d'autoriser les femmes mariées à ester devant eux et la loi du 27 mai 1907 article 36 donnant les mêmes droits aux conseils de prud'hommes.

La loi de 1907 a-t-elle modifié la loi sur ce point et actuellement la femme mariée commerçante peut-elle ester en justice sans autorisation ?

Remarquons tout d'abord que la question ne se pose pas pour les marchandes publiques exclues du bénéfice de la nouvelle loi, c'est-à-dire pour celles qui ont perdu leurs pouvoirs à la suite d'une demande du mari (art. 2 loi 1907) et pour celles qui font un travail commun avec leur mari.

1. Elle peut accomplir sans autorisation tous les actes qui préparent l'instance mais qui restent des actes extrajudiciaires : sommation, protêt, saisie-arrêt.

2. Beslay, n. 435; Boistel, n. 98; Demolombe, IV, n. 266; Massé, n. 1124; Cass., 21 février 1873, *J. T. C.*, 1873, n. 987, p. 219.

Dans les autres cas, l'accord n'existe pas dans la doctrine.

Dans une première opinion on prétend qu'il est faux de parler d'une modification même implicite apportée à l'article 218 C. civ. par la loi du 13 juillet 1907. En effet, l'article 6 de la nouvelle loi dit seulement : « La femme pourra ester sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ». Or, les droits de la femme mariée commerçante découlent non de la loi de 1907, mais de l'article 5 du Code de commerce et de l'autorisation du mari, il en résulte que l'article 6 de la loi de 1907 est inapplicable en l'espèce et que le droit antérieur est maintenu (1).

Dans l'opinion contraire, on soutient que la loi de 1907 a abrogé purement et simplement l'article 218 en ce qui touche la femme mariée commerçante, mais les explications que l'on donne sont loin de concorder :

D'après M. Pichon, cette solution est la conséquence de ce qu'en plaidant dans l'exercice de son commerce, la femme ne fait qu'agir pour l'emploi des produits de son travail, droit que l'article 6 lui reconnaît sans réserve.

Cette opinion nous paraîtrait devoir être adoptée si la femme ne pouvait faire le commerce qu'avec ses biens réservés, mais il peut arriver, et ce sera souvent le cas, que la femme ne s'est pas établie avec ses seules économies. Très souvent, la première mise de fonds lui aura été fournie par son mari ou par la communauté ou même par son patrimoine propre, et, jusqu'à restitution complète de cette avance, il paraît exagéré de soutenir que les bénéfices de son commerce ne sont que des produits de son travail. De

1. Deschamps, p. 50 ; Lacour, n. 111 ; Thaller, n. 172.

plus, la loi de 1907 n'affranchissant pas la femme de l'obligation de demander l'autorisation maritale pour faire le commerce même avec ses biens réservés il est impossible de la considérer comme usant de pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de 1907. L'assimilation du pécule et du commerce, comme la conçoit M. Pichon, est donc inexacte et doit être rejetée.

A notre avis, s'il est exact que, avant 1907, la femme possédait certains droits sur ses bénéfices commerciaux et si, par conséquent, on ne peut soutenir que la femme ait acquis ces droits grâce à la loi nouvelle, il n'en est pas moins vrai que ces droits ont été considérablement augmentés en 1907. Les bénéfices réalisés sont des biens réservés en tout ou en partie, et la femme a, sur eux, des droits d'administration et d'aliénation quelles que soient les stipulations de son contrat de mariage. Or, quand elle fait un procès à l'occasion de son commerce, elle fait une opération qui a pour but de conserver ou d'accroître les produits de son travail. A la différence du cas de la femme ouvrière, le procès fait à l'occasion du commerce n'est pas une opération isolée qui a pour but de faire apparaître son gain, mais c'est une opération qui se rattache à d'autres desquelles elle est inséparable, mais dont le résultat final et global sera de faire apparaître le gain total. Ainsi le procès soutenu par la femme à l'occasion de son commerce constitue un des nombreux actes de son exploitation commerciale et entre en ligne de compte pour la perception de ses gains; à ce titre il tombe bien sous le coup de la loi de 1907.

M. Valéry (1) envisageant le cas d'un procès relatif à un

1. Valéry, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 397.

contrat de louage et existant entre une femme commerçante et son employée fait remarquer l'illogisme de la solution que nous combattons. Si on admet que la loi de 1907 ne déroge pas à l'article 218 C. civ. en ce qui touche la femme commerçante, on doit décider que, dans l'espèce envisagée, la patronne devra demander l'autorisation de son mari alors que l'employée pourra agir librement.

Enfin, l'opinion que nous défendons paraît être consacrée par le vote de la Chambre des députés, du 15 avril 1910. Ce jour-là, les députés ont, sur le rapport de M. Violette, décidé de modifier la rédaction de l'article 218 qui, dorénavant, s'exprimerait ainsi : « La femme ne peut ester en justice, sans l'autorisation de son mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique » et M. Violette remarquait qu'en prenant cette décision, on ne faisait que déduire une conséquence de la loi de 1907 et réparer une omission commise lors de la confection de cette loi (1).

La jurisprudence s'est d'ailleurs fixée de très bonne heure en ce sens. Un jugement du tribunal de Bordeaux (2) est formel à cet égard. On ne contestait même pas dans l'espèce le point de savoir si la femme commerçante était dispensée de l'autorisation maritale pour ester en justice, ce qui paraissait hors de doute, mais les époux soutenaient que les tiers, adversaires de la femme, devaient, dans le silence de la loi, continuer à mettre en cause le mari. Le jugement fait remarquer que, si la femme peut pour soutenir

1. Baudry-Lacantinerie, I, p. 305 ; Bernard et Bonnecase, p. 8 ; Colin et Legrand, n. 121 ; Gaudemet, *Rev. trim.*, 1912, p. 718 ; Guyon, p. 109 ; Lalou, n. 19 ; Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, 10e éd., p. 69 ; Mesnard, *Lois nouvelles*, 1911, p. 346 ; Margat, p. 118 ; Morin, p. 277 ; Valéry déjà cité.

2. 9 novembre 1908, D. 1909. 5. 18.

ses droits, ester en justice sans autorisation; elle doit, par conséquent, pouvoir être défenderesse sans que son mari l'assiste dans le procès. Enfin le tribunal de paix de Nice (1) a décidé que la femme mariée peut agir sans autorisation contre l'acquéreur du fonds qu'elle exploitait, et cela sans distinguer si le fonds est ou non bien réservé.

Il nous paraît toutefois que, en l'absence d'un texte formel, certaines restrictions doivent être apportées, le caractère de généralité que M. Violette voulait déduire de la loi de 1907 ne nous paraissant pas exister aussi complètement qu'à l'éminent rapporteur.

En effet, si la femme commerçante peut ester en justice sans autorisation c'est uniquement parce que ce procès se rattache à son exploitation commerciale et qu'il a pour résultat de faire apparaître les produits de son travail, il en est autrement des procès touchant aux droits qui lui ont été conférés uniquement par l'autorisation maritale et qui n'ont d'autre but que d'augmenter sa capacité. Nous admettrons donc que la femme commerçante peut ester seule pour tous les litiges qui intéressent uniquement ses biens réservés ou qui sont relatifs aux actes de son commerce proprement dit : achats et ventes de marchandises, signatures de traites, relations avec les banques, etc. car ces procès ont pour but de faire apparaître les produits de son travail. En revanche, la femme a pu, par exemple en vertu de l'article 7 C. com., hypothéquer ou aliéner un de ses immeubles non réservés ; si une contestation naît à ce sujet relative à la capacité de la femme, à la propriété de l'immeuble, à la consistance de l'hypothèque etc., la femme devra se munir de l'autorisation du mari. On ne peut plus

1. 11 mars 1910, S. 1910. 2. 324, D. 1910. 2. 17.

dire qu'il y a là contestation sur les produits du travail et l'article 6 de la loi de 1907 ne peut donc être appliqué. Cette solution a, du reste, été formellement acceptée par plusieurs lois étrangères : loi finlandaise du 15 avril 1889 et genevoise du 7 novembre 1894.

La solution à laquelle nous venons d'arriver pour le droit d'ester en justice s'applique au compromis. Avant la loi de 1907, la femme commerçante devait être expressément autorisée, cela résultait des articles 83 et 1003 C. pr. civ. combinés, car compromettre c'est jusqu'à un certain point ester en justice (1). Actuellement, l'article 6 de la loi de 1907 doit s'appliquer et on doit décider que le compromis est ouvert à la femme commerçante dans les mêmes cas que l'action en justice (2).

1. Demolombe, IV, n. 299; Lyon-Caen et Renault, I, n. 253; Massé, n. 1127.

2. Baudry et Fourcade, III, n. 2270; Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, 1913, p. 71; Thaller, p. 100.

CHAPITRE III

DES DIVERSES INCAPACITÉS DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

La loi n'a pas donné aux femmes mariées commerçantes une capacité absolue, certaines restrictions subsistent : les unes dues à la qualité de femme mariée, les autres à son sexe et atteignant toutes les femmes commerçantes mariées ou non. Nous allons étudier ces incapacités dans deux paragraphes en insistant plus longuement sur les premières.

§ 1. — INCAPACITÉS DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE DUES A SA QUALITÉ DE FEMME MARIÉE

La femme mariée peut avoir signé un contrat de mariage instituant le régime dotal, la question se pose alors de savoir si le commerce de la femme ne fait pas perdre leur inaliénabilité aux biens dotaux. Il est aussi intéressant de savoir si la femme mariée peut intercéder pour son mari et si, dans ce cas, la loi de 1907 n'a pas ressuscité l'incapacité velléienne (1).

1. Lorsque nous étudierons le régime dotal nous examinerons la question de savoir si, dans certains cas, les biens réservés de la femme ne sont pas dotaux.

A. — De l'inaliénabilité du fonds dotal

L'article 7 C. com. al. 2 prévoit le cas où la femme commerçante est mariée sous le régime dotal et il édicte une exception au principe d'ordre général posé par l'alinéa 1 duquel il résulte que la femme peut hypothéquer et aliéner ses immeubles sans autorisation.

Le commerce n'est donc pas pour la femme dotale un moyen de tourner ses conventions matrimoniales en ce qui touche l'établissement de la dotalité. Elle n'a sur ses biens dotaux que les droits que lui confèrent soit la loi, soit le contrat de mariage. Elle ne peut les aliéner ou les hypothéquer que dans les cas prévus par les articles 1555 ou 1557 ou par les clauses de son contrat.

L'opinion contraire avait été soutenue au conseil d'Etat lors de la séance du 10 janvier 1807, mais elle s'était heurtée à l'opposition des conseillers originaires des anciens pays de droit écrit qui, imbus des principes du droit romain et des législations de droit écrit, n'avaient pas voulu admettre que, même dans ce cas, on puisse toucher à la sacrosainte inaliénabilité dotale. Or, il eût été trop facile à la femme dotale d'aliéner ses biens dotaux si elle n'avait eu qu'à solliciter de son mari l'autorisation de faire le commerce.

Il est à remarquer toutefois que, jusqu'à la loi de 1867, abolissant la contrainte par corps en matière commerciale, la femme commerçante pouvait être contrainte par corps et, en vertu de l'article 1558, pour en sortir, elle pouvait être autorisée par la justice à aliéner ses biens dotaux.

L'article 7 al. 2 ne prévoyant que le cas où les époux « sont mariés sous le régime dotal » que faudra-t-il décider lorsqu'ils seront mariés sous un autre régime mais

qu'une clause de leur contrat de mariage spécifiera l'inaliénabilité d'un immeuble de la femme ?

Dans le cas du régime dotal, s'il est régulièrement publié, l'article 7 crée une incapacité légale opposable aux tiers ; la femme pourra faire annuler la vente sans être tenue à des dommages-intérêts et malré sa garantie. Il en sera autrement dans le cas que nous envisageons, les travaux préparatoires le démontrent. En effet l'incidente, « quand ils sont mariés sous le régime dotal », ne figurait pas dans le projet, elle a été ajoutée uniquement pour éviter toute équivoque sur l'esprit de la loi et sur le sens de l'inaliénabilité qu'elle consacre. De plus, la publicité prescrite par l'article 69 C. com. qui a eu pour but de sauvegarder les intérêts des tiers, ne parle que du régime dotal et non des clauses stipulant l'inaliénabilité sous un autre régime.

Par suite du principe de la liberté des conventions matrimoniales, il peut aussi arriver que le contrat de mariage modifie les droits de la femme dotale sur ses biens dotaux, soit en lui permettant d'aliéner ses immeubles dotaux avec l'autorisation de son mari mais en prescrivant le remploi, soi-même sans exiger qu'un remploi soit fait. La femme mariée, pourrait-elle trouver dans le consentement du mari à son commerce, le pouvoir d'aliéner un de ses immeubles dotaux ? La négative nous paraît certaine, d'abord parce que l'autorisation prévue par le contrat est forcément une autorisation spéciale, ensuite parce qu'il résulte de l'article 7 que l'aliénation des biens dotaux est soustraite au code de commerce et qu'elle constitue toujours un fait civil qui ne peut rentrer dans les actes ressortissant du commerce de la femme (1).

1. Dans le même sens Bédarride, I, n. 193.

B. — La femme mariée commerçante peut-elle cautionner son mari ?

Nous avons déjà étudié la question de savoir si la femme mariée commerçante pouvait cautionner l'engagement d'un tiers et nous avons répondu à cette demande par l'affirmative.

Depuis la loi de 1907, certains doutes se sont élevés pour le cas où le tiers était le mari de la femme. Au cours des travaux préparatoires, M. Violette (1) a soutenu que l'article 1 de la loi entraînait fatalement l'impossibilité pour la femme de cautionner son mari, tout au moins en ce qui touche ses biens réservés. En effet, disait-il, un tel engagement de la femme équivaudrait à une renonciation implicite au bénéfice de la nouvelle loi qui est d'ordre public. Ce serait réduire à néant cette loi, car chaque fois que les créanciers traiteront avec le mari, ils s'empresseront d'exiger la signature de la femme pour avoir des droits sur les deux patrimoines, or, l'article 1er en interdisant toute renonciation générale prohibe toute renonciation particulière.

Une telle opinion ne nous paraît pas devoir être acceptée. Elle ressuscite, sans avantage, et d'une manière plus ou moins voilée, le sénatus-consulte Velleien dont nous avons eu tant de difficulté à nous débarrasser, ce qui constituerait un singulier recul de notre législation. Si une telle théorie était admise, ne faudrait-il pas en déduire que la femme ne peut aliéner un de ses biens réservés pour payer une dette de son mari? Enfin l'argument tiré des

1. D. 1907. 4. 150.

clauses contraires dans le contrat de mariage visées par l'article 1er, est fondé sur une confusion manifeste : renoncer pour toujours et d'une manière irrévocable à un droit, c'est l'aliéner, mais « lorsque la femme s'engage pour le mari elle n'aliène plus les droits qui lui ont été reconnus, elle les exerce, la prohibition de la première stipulation n'atteint pas la deuxième » (1).

§ 2. — INCAPACITÉS DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE EN RAISON DE SON SEXE

Certaines professions commerciales sont interdites même à la femme mariée commerçante. En raison de son sexe elle ne peut être ni courtier, ni commissaire-priseur, ni agent de change. La loi du 23 janvier 1898 lui a donné le droit de vote aux élections consulaires mais sans lui conférer l'éligibilité et les lois du 27 mars 1907 et 15 novembre 1908 lui ont conféré l'électorat et l'éligibilité aux conseils de prud'hommes ; par contre, elle ne possède encore ni l'électorat ni l'éligibilité aux chambres de commerce et aux chambres consultatives des arts et manufactures. Enfin, la pratique lui interdit de pénétrer à la Bourse en s'autorisant de l'article 11 de l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 d'après lequel : « Les femmes ne pourront entrer à la Bourse pour quelque raison ou prétexte que ce soit ».

A notre avis, cette prohibition, inspirée par un sentiment de colère, naturel après les scandales de la rue Quincampoix, a été abrogée par l'article 5 de l'ordonnance de police relative à la Bourse de Paris du 1er thermidor an IX :

1. Pichon, *Rev. crit.*, 1908, p. 42. Dans le même sens Lalou, n. 54 ; Planiol, III, n. 1443.

« La Bourse est ouverte à tous les citoyens jouissant de leurs droits politiques et aux étrangers ». Si, actuellement encore, la loi sur l'électorat et l'éligibilité des femmes n'étant pas votée, on peut soutenir que la qualification de citoyen ne s'applique qu'aux personnes du sexe mâle, il en est différemment du terme « étrangers » qui s'entend aussi bien des femmes que des hommes. La pratique, en continuant à interdire aux femmes l'entrée de la Bourse, est uniquement inspirée par la routine, mais elle ne possède aucun fondement législatif (1).

1. Dans le même sens Beslay, n. 293 ; Cabouat, p. 44.

CHAPITRE IV

CAPACITÉ DE LA FEMME MINEURE MARIÉE ET COMMERÇANTE

Nous n'avons jusqu'à maintenant envisagé que la capacité de la femme mariée majeure. Il nous faut examiner aussi le cas de la minorité. Lorsque nous avons étudié les conditions requises dans ce cas pour l'habilitation à faire le commerce, nous avons fait remarquer qu'elle était atteinte de deux incapacités : en raison de son âge et en raison de sa qualité de femme mariée. La deuxième disparaît par le fait de l'autorisation, mais la première subsiste : la femme se trouve alors assimilée à un mineur commerçant et elle ne jouit pas d'une plus grande capacité. Le système contraire aboutirait à ce résultat paradoxal qu'une femme mineure mariée commerçante aurait plus de droits qu'une jeune fille mineure commerçante. Nous déciderons donc que les limitations de capacité résultant de sa minorité subsistent. Seules, celles qui dérivent du mariage sont abolies, à l'exception toutefois de l'inaliénabilité des immeubles dotaux (1).

1. Guyon, p. 57; Margat, p. 137.

Il en résulte que, dans l'exercice de son commerce, les articles 2 et 6 du C. com. lui sont applicables. Elles pourra donc faire seule tous les actes intéressant son commerce mais elle devra pour aliéner ses immeubles observer les articles 457 et suiv. du Code civil. Elle pourra librement plaider et compromettre sur les difficultés nées à l'occasion du négoce (1). Mais en dehors des actes intéressant son négoce elle n'aura que la capacité d'un mineur émancipé par mariage (2).

Elle n'aura aussi que cette deuxième capacité sur son pécule réservé. Elle pourra faire sur ses gains et salaires tous les actes de pure administration (art. 481 C. civ.), passer des marchés pour l'entretien de ses biens, les donner à bail pour une période plus courte que 9 ans, figurer dans un procès relatif à ses meubles réservés, acquérir des meubles et même, d'après la jurisprudence, des immeubles (3). A la différence de la femme mariée majeure, ses obligations touchant uniquement à son pécule réservé sans intéresser son commerce pourront être réductibles en cas d'excès (484 al. 2 C. civ.) ; certains actes tels que l'exercice des actions immobilières (art. 482 C. civ.) devront être engagés avec l'assistance du mari agissant non en vertu de la puissance maritale, mais en sa qualité de curateur de sa femme. Enfin d'autres tels que les aliénations d'immeubles, les emprunts, les constitutions d'hypothèques, les transactions devront être autorisées dans les conditions prévues par le code civil (conseil de famille, avis de jurisconsultes, homologation du tribunal suivant les cas). Il

1. L.-C. et R., I, n. 262 ; Thaller, p. 100.
2. Douai, 7 mars 1882, D. 1883. 2. 14.
3. Cass., 21 août 1882, D. 1883. 1. 339.

est à remarquer, qu'étant émancipée par son mariage, elle n'aura pas besoin de solliciter l'autorisation du conseil de famille pour l'aliénation de ses meubles réservés incorporels (art. 4 al. 2 loi du 27 février 1880).

SECTION II

Des conséquences du commerce de la femme mariée dans les rapports entre les époux

---

Dans cette section nous étudierons les conséquences du commerce de la femme mariée dans les rapports entre les époux sous les différents régimes matrimoniaux, abstraction faite des droits et des intérêts des tiers, et cela, sans envisager ce qui arriverait si la femme abandonnait son commerce ou si une dissolution du mariage survenait, sans entraîner avec elle la fin de l'exploitation commerciale de la femme.

Avant d'entrer dans une étude détaillée des quatre régimes matrimoniaux, nous examinerons, dans un chapitre préliminaire, la consistance des biens réservés de la femme commerçante afin de savoir si les bénéfices commerciaux rentrent pour leur totalité ou pour une partie seulement, dans la composition de la masse réservée.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DES BIENS RÉSERVÉS DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Il résulte de la loi de 1907 que la femme mariée commerçante a, sauf dans les cas particuliers que nous avons déjà étudiés, l'administration de ses biens dits « biens réservés ». Il importe d'examiner la composition de cette masse réservée, après en avoir déterminé le caractère, la femme ayant sur les biens qu'elle comprend une capacité plus grande que sur ses autres biens. Dans cette recherche, après avoir rapidement exposé le caractère des biens réservés dans un premier paragraphe, nous étudierons dans les trois paragraphes suivants la qualité des bénéfices réalisés par la femme : 1° avant son mariage, 2° après son mariage et nous envisagerons ensuite les diverses modifications qui peuvent se produire dans la composition du pécule réservé.

§ 1. — CARACTÈRE DU PÉCULE RÉSERVÉ

Le législateur ne paraît pas avoir eu conscience, lors de la discussion du projet de loi qui devait devenir la loi du

13 juillet 1907, de la modification profonde qu'il allait apporter à la notion de patrimoine. D'après la théorie classique le patrimoine est constitué par l'ensemble des droits et des charges d'une personne, appréciables, en argent. Il découle de cette définition : 1° que toute personne a un patrimoine, 2° que chaque personne n'a nécessairement qu'un patrimoine. En effet, le patrimoine est un, comme la personne, car tous les biens et toutes les charges forment une masse unique.

Déjà ces principes, non écrits, du reste, dans nos lois, d'une manière formelle, avaient subi un certain nombre de restrictions qui atteignaient, en même temps, le principe établi par l'article 2092 C. civ. d'après lequel : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». MM. Aubry et Rau constataient eux-mêmes ces dérogations lorsqu'ils disaient : « Bien que le patrimoine soit, en principe, un et indivisible, notre droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent » (1) et ils citaient la situation de l'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire et la séparation de patrimoines. Dans ces deux cas, en effet, une personne se trouve à la tête de deux masses de biens nettement séparées. Chacune de ces masses constitue une universalité juridique ayant son actif et son passif spécial et la séparation est tellement marquée que des droits peuvent naître en faveur d'une de ces deux masses et cela à l'encontre de l'autre. A ces deux exemples on peut en ajouter bien d'autres, la même situation plus ou moins nette, existe au cas de substitution permise, de patrimoine

1. IV, p. 235.

d'un absent après l'envoi en possession provisoire ou définitif, de biens objets d'un droit de retour, du navire et de sa cargaison et même au cas de dot (1). Une loi récente, la loi du 12 juillet 1909, a constitué un cas nouveau : celui d'un bien de famille insaisissable qui, dorénavant, constituera une universalité juridique ayant son actif spécial toujours inférieur à 8.000 francs ainsi que son passif spécial composé par les impôts et les dettes alimentaires.

La loi du 13 juillet 1907 en créant la catégorie des biens réservés a, elle aussi, constitué une universalité juridique. Désormais, le pécule réservé administré par la femme, échappe aux poursuites des créanciers du mari et de la communauté sous le régime de communauté, par contre, sous tous les régimes, il forme le gage de tous les créanciers de la femme sans qu'on ait à distinguer si la femme est autorisée de mari ou de justice et même si elle n'est pas autorisée ; enfin, ce pécule peut être appelé à payer, dans des cas spéciaux, certaines dettes du mari. Le pécule réservé a donc un actif et un passif qui lui sont propres. Que, presque toujours, les créanciers qui ont action contre lui, aient aussi action contre d'autres biens, peu importe, il n'y a là qu'une situation comparable à celle d'un créancier qui a plusieurs codébiteurs. En fait, le créancier, au lieu d'avoir devant lui plusieurs personnes qu'il peut poursuivre à son choix, n'a que plusieurs patrimoines distincts qui sont tous tenus de la même manière et contre lesquels

1. C'est aussi l'avis de M. Bartin qui écrit, note D. 1901, D. 149 : « La dot est un patrimoine soumis sauf à l'égard des tiers à des règles propres qui ont pour objet sa conservation et son emploi dans l'intérêt de la famille ».

il peut agir, abstraction faite de la personne qui est à leur tête mais qui, toutefois, les représente légalement.

Nous déciderons donc que, lorsque la femme a un droit de propriété sur son pécule réservé (1), son patrimoine se compose de deux masses bien distinctes : celles des propres et celle des biens réservés ayant chacune leur passif et leur actif propre et entre lesquelles peuvent exister des droits de dettes et de créances. De même, lorsque le pécule réservé sera commun, il y aura deux masses de biens communs qui auront chacune un actif et un passif propre et même un administrateur spécial.

§ 2. — DES BÉNÉFICES COMMERCIAUX ANTÉRIEURS AU MARIAGE

Lorsque la femme était commerçante avant son mariage, elle a pu réaliser des bénéfices. Il importe de savoir si ces bénéfices font partie des biens réservés.

D'après M. Pichon (2), il faudrait répondre par l'affirmative. Cet auteur invoque en faveur de son opinion, une disposition du projet de M. Gourju (art. 2 *in fine*) qui restreignait le bénéfice de la réforme aux seuls bénéfices acquis après le mariage. Toutefois, exceptionnellement, ce texte considérait comme compris dans les biens réservés « les annuités et arrérages échus pendant le mariage de pensions et de rentes obtenues par la femme à l'occasion d'un travail antérieur au mariage ». Aucune disposition de ce genre ne se retrouvant dans le texte voté, M. Pichon en conclut que le législateur n'a pas voulu approuver les res-

1. Nous verrons qu'il en sera ainsi dans tous les cas, sauf sous les régimes de communauté et dotal avec société d'acquêts.

2. P. 87.

trictions de M. Gourju. Or, cette proposition contenait un principe et une exception, l'un et l'autre ayant disparu, il faut en déduire que les gains antérieurs au mariage constituent des biens réservés. Du reste, on ne peut arguer que cette proposition ait pu passer inaperçue au Sénat, puisque la proposition Gourju a été renvoyée à la commission (1). M. Pichon fait de plus valoir un argument logique, il se demande « par quel motif introuvable, la femme ne peut plus administrer, après son mariage, ce qu'elle a gagné auparavant ». Et, envisageant la situation de la femme mariée commerçante qui se remarie après son divorce ou son veuvage, il montre l'illogisme de la solution contraire qui aboutit à priver la femme, pendant son second mariage, des droits qu'elle avait sur ses biens réservés lors du premier.

Malgré l'illogisme de cette solution, illogisme que nous reconnaissons, nous estimons que, en présence du texte de la loi nouvelle, il faut décider que les gains antérieurs ne pourront être des biens réservés. Le rejet de la proposition Gourju ne prouve absolument rien car le législateur en ne la prenant pas en considération quant à l'exception, a pu vouloir maintenir le principe sans l'exprimer formellement. Or, il nous semble que ce principe découle du titre même de la loi qui est « relative au libre salaire de la femme *mariée* » et de l'article 5 al. 1^er^ qui dit : « s'il y a société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun », la société d'acquêts ne pouvant comprendre que des biens acquis pendant le mariage, on ne voit pas en vertu de quels principes, des gains antérieurs pourraient en faire partie.

1. *J. O.*, 1907, *D. P.*, Sénat, sess. ord., annexe n. 77, p. 54.

Mais que la loi de 1907 soit critiquable, cela nous paraît évident et nous estimons qu'il y a là une véritable lacune (1). Il est, en effet, impossible à la femme de remédier à ce fâcheux état de choses. Même en se mariant sous le régime qui lui laisse la plus grande capacité, c'est-à-dire sous le régime de la séparation de biens, elle ne pourrait conserver les droits qu'elle possédait auparavant et ne pourrait acquérir ceux que la loi de 1907 accorde sur les biens réservés, ces derniers étant beaucoup plus larges que ceux d'une femme séparée de biens.

Le Code civil allemand qui décide que les gains antérieurs au mariage ne sont pas biens réservés, obvie à l'inconvénient que nous avons signalé en permettant à la femme de se constituer des biens réservés par contrat de mariage.

§ 2. — DES BÉNÉFICES DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE PENDANT LE MARIAGE

La loi de 1907 s'étendant, ainsi que nous l'avons montré à la femme mariée commerçante, il en résulte que ses biens réservés seront constitués soit par les gains qu'elle aura recueillis en exerçant au cours du mariage une autre profession, soit par les gains réalisés en faisant le commerce. La question se pose alors de savoir si *tous* ces bénéfices seront réservés, ou si ce sera une partie seulement qui tombera sous le coup de la loi de 1907.

Aucun doute n'est possible, et aucune controverse ne s'est élevée lorsque c'est la femme qui a créé elle-même,

1. Dans le même sens Guyon, p. 50 ; Léon Lyon-Caen, p. 199.

par son travail, le fonds de commerce qu'elle exploite ou lorsqu'elle l'a acquis avec des biens provenant de biens réservés qu'elle possédait déjà. Il faut lui reconnaître alors un droit sur ce fonds et sur la plus-value même considérable qu'il aura pu acquérir et décider que le tout fera partie des biens réservés.

La solution sera identique lorsque les capitaux qui ont servi à l'achat, à la création ou à l'exploitation du fonds, auront été fournis par un tiers. Ou ce tiers sera un simple prêteur et la femme sera libérée de toute obligation envers lui après lui avoir payé l'intérêt convenu, ou ce sera un commanditaire et les rapports de la femme avec lui étant réglés par l'acte de société, la femme n'aura qu'à lui donner la part de bénéfices prévue par les statuts ou ce sera un associé en nom collectif et les bénéfices seront partagés entre les deux associés dans la proportion fixée par l'acte constitutif de la société. Mais, la part qui reviendra à la femme dans ces trois cas, entrera dans la constitution de la masse réservée.

Plus délicate et plus complexe est la situation dans laquelle la femme a eu recours à son mari pour qu'il mette à sa disposition une partie de ses biens propres ou des biens communs ou encore lorsqu'elle s'est servi d'une partie de ses propres personnels. Si on considère que, malgré l'origine du capital, tous les bénéfices sont réservés, la femme aura sur eux les droits qui découlent de la loi de 1907. Si, au contraire, on estime que c'est le capital qui doit l'emporter, il faut faire suivre aux bénéfices le sort prévu par les conventions matrimoniales et décider que, suivant le cas, ils seront propres ou communs. Si, enfin, on préfère les diviser en deux parts, une affectée au travail, l'autre au capital, une ventilation dont il faudra

rechercher les règles sera nécessaire et seule la part du travail sera réservée tandis que la part du capital accroîtra le patrimoine qui l'a fourni sous certains régimes ou sera commun sous les autres.

Certaines législations étrangères ont prévu expressément la solution. C'est ainsi que, d'après la loi norvégienne, lorsque le commerce de la femme exige un capital considérable fourni par le mari ou par la communauté les bénéfices ne sont pas réservés. La loi danoise statue dans le même sens, lorsque le commerce est alimenté essentiellement par les ressources du mari ou de la communauté. La loi belge exclut de son bénéfice les gains supérieurs à 3.000 francs et, ainsi que les lois de Suède et de Neuchâtel elle ne s'applique pas aux économies. Enfin le projet Tissier qui fut soumis à la discussion de la Société d'études législatives (1) excluait le cas où le commerce était alimenté par les fonds du mari ou de la communauté. Parmi les diverses propositions de loi qui ont été déposées, seule, celle de M. Grosjean adoptait une solution semblable.

En présence du silence de la loi de 1907, aucune disposition sur cette question ne s'y trouvant, il faut chercher les règles qui découlent des principes généraux du droit ainsi que de l'équité.

Il nous semble qu'un cas est hors de doute. Le mari peut, en effet, avoir pris ses précautions, un acte aura été passé entre lui et sa femme spécifiant les conditions qu'il impose à celle-ci pour mettre à sa disposition une certaine quantité de biens. Un tel acte doit, en principe, être respecté. Le mari a agi comme un tiers quelconque et ses droits doivent être réglés comme ceux de ce tiers. Nous décide-

1. *B. S. E. L.*, p. 51, art. 1, § 3.

rons donc que si le mari stipule qu'un certain intérêt doit lui être versé, les bénéfices que la femme retirera de son commerce ne seront des biens réservés que déduction faite de la somme dont elle sera débitrice à l'égard de son mari. Etant donné que nous avons admis la validité de la société entre époux, notre solution ne variera pas si le mari a stipulé en sa faveur non un intérêt fixe mais une quote-part dans les bénéfices. Il y aura là une société en commandite simple ou une sorte d'association en participation, sous réserve toutefois du droit qui subsistera pour le juge d'examiner cet acte en lui-même afin de vérifier s'il n'est pas entaché de dol ou de fraude et s'il ne revêt pas le caractère d'une société interdite par la loi (société léonine par exemple) (1).

Mais, lorsqu'aucune convention n'existe entre les deux époux, les solutions les plus diverses ont été proposées.

Dans un premier système, on sépare nettement des autres régimes le régime de la communauté et dotal avec société d'acquêts. Sous ces deux régimes, la femme, dit-on, n'a aucun droit particulier sur les bénéfices qui tombent dans la communauté. En effet, ces bénéfices sont acquis grâce à des biens appartenant à la communauté ou dont la communauté a la jouissance ; sans eux, la femme n'aurait pu exploiter son commerce, il est donc juste que la communauté bénéficie des résultats. La femme n'y perd pas, puisque, en sa qualité de commune en biens, elle reprendra lors de la dissolution de la communauté la moitié des bénéfices qu'elle aura réalisés ainsi. De plus, on peut considérer qu'en principe, le produit du travail des deux époux est un bien de la communauté qui doit en

1. *Supra*, p. 120.

avoir la jouissance. Si le législateur, dans une pensée de protection pour la femme, en a décidé autrement en ce qui touche ses gains propres, il a pensé à un gain provenant d'un travail personnel, cela résulte des termes mêmes de l'article 1er al. 1er de la nouvelle loi. Or, dans l'espèce étudiée, peut-on dire qu'il y ait travail personnel ? Non, certes, la femme a fourni un travail qui lui est propre, mais il en a été de même des capitaux mis à sa disposition, il y a eu alliance intime entre le capital et le travail et la productivité de ce dernier a été considérablement augmentée par la présence du premier. Si donc, le commerce de la femme a rapporté des bénéfices importants, ils sont, en majeure partie, dus aux biens mis à sa disposition par le mari ou la communauté. Cette opinion adoptée par les lois suédoise et norvégienne était celle de M. Tissier.

Elle nous paraît devoir être rejetée en présence de la généralité des termes de la loi. Celle-ci ne prévoit qu'une exception au principe posé par l'article 1, al. 1, c'est le cas du travail commun des époux (art. 1, al. 5) et le fait que la proposition de M. Grosjean, inspirée par le projet de M. Tissier, n'a pas été adoptée, montre quelle a été l'opinion du législateur (1).

Dans un deuxième système on soutient une opinion en tous points contraire : quels que soient le régime matrimonial ou la provenance des biens qui servent à la femme pour l'exploitation de son commerce, on décide que tous les bénéfices sont, dans leur intégralité, des biens réservés. En faveur de cette opinion on fait valoir les termes formels et généraux de la loi de 1907, l'opinion du rapporteur

1. Le Courtois et Surville, n. 11 *in fine* ; Margat, p. 246 ; Sourdois, p. 583 ; Thomas, p. 349.

M. Gourju qui assimile nettement les bénéfices du commerce aux gains et aux salaires sans faire aucune distinction (1) et enfin la difficulté d'une ventilation (2).

Nous repousserons cette opinion. En effet, sans insister actuellement sur les difficultés d'une ventilation, nous ferons remarquer que l'argument tiré des termes généraux de la nouvelle loi repose sur une confusion. La loi parle, nous l'avons déjà vu, du « travail personnel ». Or, il n'y a pas uniquement travail personnel dans le cas que nous étudions, il y a aussi travail du capital, au sens économique du mot. Alors que, dans le système précédent, on supprimait la part du travail et on augmentait celle du capital, dans le système actuel, on fait abstraction de la part du capital au profit de celle du travail. En fait, dans une entreprise semblable, comme dans toute entreprise, le capital et le travail, intimement liés entre eux, produisent, l'un et l'autre des revenus, qui peuvent être séparés. Quant à l'opinion du rapporteur au Sénat, elle n'a l'importance que d'une interprétation possible mais discutable, et le Sénat a adopté, non le rapport mais le projet de loi qui lui était soumis, or, lors de la discussion publique rien n'est venu confirmer l'interprétation du rapporteur. Du reste, en envisageant le passage invoqué et en le rapprochant de ce qui suit, l'impression se dégage nettement que l'éminent rapporteur visait une hypothèse particulière : celle où la femme n'a que des biens réservés à sa disposition pour l'exploitation de son commerce. Enfin, une telle

1. « La loi s'appliquera indistinctement à tout ce que la femme pourra gagner en travaillant ». *J. O.*, 1906, Sénat, annexes n. 304.

2. Colin et Legrand, n. 53 ; Lalou, n. 19 ; Morin, p. 177 ; Thaller, p. 121 note.

décision pourrait, dans la pratique, entraîner des conséquences fâcheuses : le mari serait fatalement amené à refuser à sa femme un bien quelconque dont il aurait la jouissance ou la propriété car il en perdrait l'usufruit et assumerait même les risques de perte totale ou partielle au cas où la femme ferait de mauvaises affaires et cela sans aucun dédommagement. Il serait ainsi conduit à prêter les capitaux disponibles qu'il aurait en sa possession, à des tiers de préférence à sa femme. Il ne suffit pas de dire, pour écarter cette objection, que le mari, même dans ce cas, profite au moins partiellement des bénéfices de la femme puisqu'ils sont, pour partie, affectés aux besoins du ménage ; rien ne prouve que cette contribution de la femme compensera la perte résultant de la disparition de la jouissance du mari, et, du reste, ce ne sera plus le mari qui aura la charge de diriger la destination de ces fonds et ses pouvoirs s'en trouveront forcément amoindris.

Enfin dans un troisième système, on décide qu'il y a lieu de séparer dans les bénéfices la part qui revient au travail de celle qui revient au capital. Seule, la première constituera un bien réservé, la seconde suivra le sort prescrit par les conventions matrimoniales et échappera à la loi de 1907. Ce système paraît plus juste et plus équitable et il semble même entrer plus que les deux systèmes précédents dans l'esprit de la loi. C'est, du reste, la solution qui avait été proposée par M. Saleilles (1) pour lequel étaient bien réservés : « les bénéfices retirés par la femme d'un commerce exploité avec les fonds qu'elle a à sa disposition, ou, s'il s'agit de fonds mis à sa disposition par le mari ou la communauté sous le régime de communauté,

1. *B. E. S. L.*, 1901-02, p. 205.

les mêmes bénéfices, défalcation faite de la part correspondante aux fonds qui lui sont fournis ». Nous avons déjà vu que c'est à cause de la difficulté pratique d'une telle opération que M. Thaller, lors de la discussion préparatoire à la Société d'Etudes législatives, s'était formellement prononcé contre l'extension de la nouvelle loi à la femme commerçante. Le fait, que malgré ses craintes, on n'a pas exclu cette dernière du bénéfice de la loi de 1907, indique que le législateur n'a pas reculé devant une telle difficulté ; le terme même de « travail personnel » employé par l'article 1 montre qu'il faut écarter du bénéfice de la loi tout ce qui n'est pas dû à l'activité personnelle de la femme et, par conséquent, tout ce qui provient des capitaux. Enfin, si on admettait une des deux opinions contraires, on arriverait à ce résultat que, dans le premier cas, la femme n'aurait aucun droit particulier sur les produits de son activité et, dans le second, qu'elle aurait sur des revenus ne provenant pas de son travail, des droits qu'aucun régime ne lui reconnaît (1).

Le principe de la ventilation une fois admis, il importe de déterminer sur quelles bases le partage des bénéfices doit se faire :

a) On peut considérer qu'il y a seulement un prêt et décider que la femme doit alors verser un intérêt de 6 o/o (loi du 18 avril 1918) (2).

b) On peut, au contraire, estimer qu'il y a là création d'une sorte de société *sui generis*, très spéciale, car elle ne rentre pas dans les cadres ordinaires des sociétés, dont

1. Bernard et Bonnecase, n. 31 ; Dépinay, p. 192 ; Moride, p. 158 ; Sourdois, p. 583 ; Lecourtois et Surville, p. 10.

2. Guyon, p. 85.

l'institution serait une création implicite de la loi de 1907 (1) et (2).

Tout d'abord écartons l'objection tirée de la difficulté de la ventilation que soulève cette dernière théorie. Certes, nous ne disconvenons pas qu'une telle ventilation ne sera pas délicate. Mais il nous paraît que les tribunaux ont eu maintes fois à trancher des questions semblables, ne serait-ce que pour la liquidation des sociétés de fait ou pour la ventilation à faire entre ce qui revient pour son travail personnel à un époux qui a continué une exploitation commerciale entre la dissolution du mariage et le partage et ce qui revient à la communauté dissoute.

A notre avis, des distinctions doivent être faites :

1° Le mari loue à sa femme un immeuble ou un meuble. La femme doit alors compenser la perte de jouissance en payant un loyer qui suivra le sort prévu par les conventions matrimoniales.

2° La solution devra être identique lorsqu'il y aura prêt d'argent avec stipulation formelle d'un intérêt.

3° Par contre, si l'argent avancé à la femme ne fait l'objet d'aucun contrat formel de prêt, il nous paraît qu'il y a là, création d'une société *sui generis* rappelant la société en commandite simple mais que nous appellerons de préférence association en participation en commandite simple puisqu'elle ne possède pas la personnalité morale par rapport aux tiers. La ventilation ne consistera pas alors dans

1. Bernard et Bonnecase, précité.

2. La solution de cette difficulté présente un gros intérêt lors de la faillite de la femme lorsque le mari prétend se faire admettre dans la masse des créanciers. Nous aurons alors l'occasion de montrer les résultats fâcheux qu'entraînerait l'adoption du système qui donne au mari un intérêt fixe annuel et qui l'assimile à un prêteur.

l'allocation d'un intérêt fixe, mais elle sera faite proportionnellement à la valeur des apports et conformément aux règles posées par les articles 1853 et suiv. du Code civil.

Ce qui subsistera alors des bénéfices fera partie des biens réservés.

Nous repousserons donc le système qui préconise le payement par la femme d'un intérêt annuel, sauf dans le cas de louage d'immeuble ou de contrat formel de prêt. Cette théorie nous paraît trop empirique et manquer de souplesse pour pouvoir s'adapter à toutes les situations de la pratique.

Les solutions auxquelles nous venons d'arriver nous permettront de répondre à une question susceptible de se poser très souvent : le fonds de commerce et les plus-values dues à l'exploitation commerciale sont-ils des biens réservés ?

1° DE LA PROPRIÉTÉ DU FONDS DE COMMERCE

Aucun doute n'existe dans certains cas.

a) La femme était commerçante avant son mariage. Le fonds de commerce suivra alors le sort prévu par les conventions matrimoniales et ne pourra être réservé (1).

b) La femme, devenue commerçante après le mariage, a acquis le fonds avec des biens réservés, ou avec de l'argent prêté par un tiers, ou enfin avec de l'argent avancé par le mari grâce à un contrat formel de prêt, le fonds est alors réservé.

c) Une société formelle a été conclue entre les époux.

1. *Supra*, p. 174.

Pour nous qui admettons la validité d'une telle société, nous déciderons que c'est elle qui, jouissant de la personnalité morale, est propriétaire du fonds.

Par contre des doutes s'élèvent lorsque les deniers qui ont servi à l'achat ou à la constitution du fonds de commerce appartiennent en tout ou en partie au mari ou à la communauté ou sont propres à la femme et alors qu'aucun acte quelconque n'a été passé entre les époux.

Supposons, par exemple, que les époux sont mariés sous le régime de la communauté et que les deniers qui ont servi à l'achat du fonds sont en partie réservés, en partie communs et en partie propres à chacun des époux. Peut-on décider que le fonds est réservé? Non, car on fait entrer dans la masse réservée des biens qui ne lui appartiennent pas. Peut-on décider qu'il est commun? Non, car la communauté comprendrait alors des propres aux époux. Pour les mêmes raisons on ne peut l'attribuer à un des conjoints. Le fait de reconnaître que chacune des masses lésées aura droit à une récompense ne tranche pas le problème de la propriété et laisse la question entière. Il faut donc rechercher la solution en s'appuyant sur d'autres principes.

Si l'on étudie la constitution juridique d'une exploitation on s'aperçoit qu'elle est composée par trois éléments différents (1) :

1° L'ensemble des biens affectés à l'entreprise, élément matériel ou immatériel suivant les cas, mais élément impersonnel, c'est le fonds de commerce.

2° Un élément personnel, durable, distinct de la personne du commerçant, c'est la maison de commerce. Cette mai-

1. Valéry, *Ann. dr. com.*, 1903.

son de commerce a une existence propre, indépendante de celle du commerçant placé à sa tête. Elle a pu être créée par lui, mais elle a pu exister depuis longtemps avant qu'il n'en prenne la direction. Elle peut, enfin, disparaître, soit que la faillite soit prononcée, soit que le commerçant se retire des affaires après une liquidation sans toutefois cesser d'exister en tant que personne civile. C'est la maison de commerce qui est propriétaire du fonds et de tous les biens qui entrent dans sa composition.

3° Un élément personnel représenté par le commerçant ou le groupe de personnes placées à la tête de la maison. Le commerçant est une sorte de gérant qui gère le commerce non seulement dans son intérêt propre, mais aussi dans celui de ses créanciers. Il est si bien un gérant que l'administration de la maison de commerce peut lui être retirée lorsqu'il se montre indigne ou incapable : c'est le cas de la faillite. A ce moment-là, il peut se produire un fait qui montre la complète séparation qui existe entre le commerçant et sa maison de commerce : c'est que, une fois la faillite prononcée, le syndic peut prendre comme employé le commerçant failli, de sorte que celui-ci devient l'employé de sa propre maison.

Qu'on nous entende bien, nous ne voulons pas soutenir que la maison de commerce constitue dans les rapports avec les tiers une personne morale. Nous verrons que la doctrine de Savary attribuant aux créanciers commerciaux un privilège sur les biens du fonds de commerce ne peut trouver aucun appui dans les textes et doit être rejetée. Or, si on dotait la maison de commerce de la personnalité morale il faudrait donner un tel privilège aux créanciers de cette maison. La maison de commerce ne constitue pas une personne, son patrimoine entre dans celui du com-

merçant placé à sa tête, mais dans l'intérieur de ce patrimoine il y a une affectation de certains biens à l'exploitation commerciale, de sorte qu'un dédoublement interne et interne seulement se produit, l'unité subsistant aux regards des tiers. C'est ce qui explique que le commerçant puisse, dans ses rapports avec sa maison, devenir, comme tout tiers créancier et débiteur, que, sur les livres, il ait son compte ouvert et tenu de la même manière que tout autre compte, qu'il puisse louer certains de ses biens à sa maison et s'en faire payer le loyer.

Si nous envisageons maintenant plus spécialement le cas de la femme mariée commerçante, il est facile de voir que quelle que soit la provenance des biens dont elle dispose pour son commerce, tous concourent au même but : la création ou le développement de l'exploitation commerciale. Il y a pour leur ensemble une affectation spéciale qui doit entraîner une autonomie de fait, grâce à laquelle chacune des parties composantes est détachée provisoirement et dans de certaines limites, du patrimoine dont elle faisait primitivement partie pour être affectée à un but précis et déterminé.

C'est donc la maison de commerce qui doit être considérée comme étant la propriétaire de tous les biens qui participent à son développement et qui font partie du fonds de commerce.

Mais, ainsi que nous l'avons fait remarquer, une telle conception n'est pas opposable aux tiers, elle ne régit que les rapports entre les époux. On peut dire que la maison de commerce constitue une entité juridique interne et non externe. Aux yeux des tiers c'est la femme qui, étant seule à la tête de la maison de commerce, a seule le droit d'engager les biens dont cette dernière a la propriété. La per-

sonnalité de la femme absorbe celle de la maison. Les créanciers qui auront traité avec la femme auront des droits sur tous les biens de la maison de commerce, qu'ils soient propres à la femme ou réservés, ou qu'ils soient communs ou propres au mari. Ce dernier ne pourra leur opposer l'impossibilité qui existe pour son épouse d'engager des biens qui ne lui appartiennent pas.

De même, l'entité constituée par la maison de commerce n'étant pas opposable aux tiers, les créanciers du mari acquièrent des droits sur tous ses biens, même sur ceux qu'il a mis à la disposition de son épouse. Pour la même raison les créanciers civils de la femme pourront saisir les biens qu'elle a consacrés à l'exploitation de la maison de commerce et les créanciers commerciaux auront des droits sur tous les biens de la femme, même sur ceux qui n'ont pas été affectés au commerce.

Il en résulte que, dans le cas que nous considérons, la maison de commerce constitue dans les rapports entre époux, une sorte de société rappelant la communauté. Chaque époux possède sur la maison de commerce certains droits. Les bénéfices qui en résultent sont partagés entre eux d'après certaines proportions. Mais, de même qu'au regard des tiers, le mari seul peut disposer des biens communs, de même, dans le cas actuel, la femme seule peut disposer des biens de la maison de commerce.

2° Quant à la plus-value, elle doit subir le même sort que les bénéfices quelle que soit son origine. En effet, la plus-value peut avoir trois causes : travail personnel et initiative de la femme, améliorations dues à un nouvel apport, cas fortuits. Or, dans le troisième cas, la plus-value appartiendra obligatoirement au propriétaire du fonds, elle sera donc réservée si la femme ne fait le commerce qu'avec ses

biens réservés ou avec des fonds prêtés, elle sera soumise à une ventilation dans les autres cas. Il en sera de même dans le deuxième cas, apport postérieur à la création de la maison, un tel apport devant être traité comme un apport concomitant. Seul le premier cas pourrait offrir quelques difficultés, lorsque le mari participe aux bénéfices. Mais n'est-ce pas ce qui se passe dans toutes les sociétés et les commanditaires ne bénéficient-ils pas de la plus-value due aux capacités du commandité ou dans les sociétés en nom collectif, la plus-value due aux efforts personnels de l'associé gérant ne profite-t-il pas aux autres associés?

Nous déciderons donc que la plus-value sera un bien réservé dans les mêmes proportions que les bénéfices, et que la partie qui ne sera pas réservée suivra le sort des bénéfices qui rentrent dans le même cas.

§ 2. — DES CHANGEMENTS QUI PEUVENT SE PRODUIRE DANS LE PATRIMOINE RÉSERVÉ

Lorsqu'une femme a, grâce aux économies qu'elle a faites sur ses gains, salaires ou bénéfices, acquis un bien, ce bien fait partie du patrimoine réservé. Mais rien n'oblige la femme à le conserver jusqu'à la dissolution du mariage : il peut arriver que, au cours du mariage, profitant des pouvoirs que la loi lui donne sur les biens réservés, la femme les aliène ou les échange. Le nouveau bien acquis par la femme dans ce cas prendra-t-il la place du bien qui est sorti du patrimoine réservé, ou, en d'autres termes, y aura-t-il là un cas de subrogation?

Le Code civil (art. 1434 et 1435) autorise la femme à vendre un de ses biens et à acheter avec les fonds qui provien-

nent de cette opération un autre bien destiné à prendre la place du premier dans son patrimoine. Cette opération est connue sous le nom de « remploi ». Le remploi est un cas de subrogation réelle qui ne se produit que par la volonté des époux. Mais, pour qu'une telle opération produise des effets légaux, il faut que cette volonté se manifeste dans les formes déterminées par la loi, le seul fait de l'acquisition ne suffisant pas.

Le code exige :

1° que l'acquisition soit faite au moyen des deniers provenant de l'aliénation ;

2° qu'elle soit faite pour tenir lieu de remploi ;

3° que le remploi soit formellement accepté par la femme.

Cette théorie peut-elle être étendue au cas où il s'agira de biens réservés et les conditions exigées par la loi devront-elles être maintenues?

La réponse à la première question ne peut être qu'affirmative. Pour qu'un bien soit réservé, il suffit qu'il ait été acquis avec des fonds provenant du travail personnel de la femme. Peu importe qu'un premier placement de ces fonds ait cessé d'être satisfaisant, l'origine en reste identique, la loi n'a jamais frappé d'inaliénabilité les biens réservés et ce serait les rendre en fait inaliénables que de décider qu'au cas de vente, le produit de cette vente cesserait d'être réservé.

Par contre les déclarations prévues par les articles 1434 et 1435 C. civ. seront inutiles. En effet, dans le cas de ces articles, les fonds provenant de l'aliénation devraient tomber en communauté, si les époux sont mariés sous ce régime, ou devenir la propriété du mari, à charge de récompense dans les régimes dotal ou sans communauté. La femme serait donc privée de son droit de propriété,

pour n'avoir qu'une simple créance contre son mari et c'est pour obvier à ce résultat que la loi lui a donné le moyen de conserver les biens qu'elle possédait auparavant.

Mais le cas qui nous occupe est différent, les deniers provenant de l'aliénation sont réservés, ils restent donc à la disposition de la femme qui peut seule en disposer, le danger n'est donc plus à craindre. C'est la femme qui achètera, sans avoir besoin de l'autorisation du mari, et, pour prouver que l'immeuble remployé est réservé, elle n'aura qu'à fournir la preuve exigée par la loi de 1907.

Pour les mêmes motifs nous déciderons que tous les fruits et les accroissements des biens réservés sont eux-mêmes réservés et qu'une solution identique s'impose pour les indemnités que la femme peut avoir à toucher au sujet de ses biens réservés (1).

Il en sera de même au cas d'échange prévu par l'article 1407 du Code civil, le bien échangé prenant la place de celui qui a été cédé.

Enfin, il peut arriver que la femme acquière avec ses biens réservés une part indivise d'un immeuble. Si, plus tard, le mari, la communauté ou la femme elle-même (mais avec ses propres) acquiert une portion ou la totalité de cet immeuble, nous déciderons par application de l'article 1408 C. civ. qui est interprété comme un texte d'ordre général que l'immeuble entier sera bien réservé, sous réserve de récompense au patrimoine qui aura fourni les fonds nécessaires à la seconde acquisition.

1. Dans le même sens, art. 1370 C. civ. all.

CHAPITRE PREMIER

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Sous ce régime, avant la loi de 1907, on se trouvait en présence de trois patrimoines : celui du mari, celui de la communauté qui, en fait, se confondait avec le premier et celui de la femme. Bien que la femme fût copropriétaire des biens communs et eût droit à la dissolution de la communauté d'en reprendre la moitié, sauf le cas de renonciation, c'était le mari qui, pendant le mariage, semblait en avoir seul la propriété puisqu'il pouvait les aliéner sans l'assentiment ni la coopération de sa femme. Lorsque cette dernière était commerçante, les bénéfices qu'elle réalisait tombaient dans la communauté qu'elle fût légale ou conventionnelle (art. 1401 et 1498 C. civ.). Cette situation est encore celle des femmes commerçantes qui ne peuvent bénéficier de la loi de 1907.

§ 1. — PROPRIÉTÉ DES BIENS RÉSERVÉS

Par suite des dispositions nouvelles il y a eu création d'une masse de biens dont l'administration, la jouissance

et la disposition (à l'exception des contrats à titre gratuit) ont été soustraites au mari pour être données à la femme. Cette masse continue-t-elle à faire partie de la communauté ou rentre-t-elle dans le patrimoine propre de la femme ? ou, en d'autres termes, la loi de 1907 a-t-elle opéré une simple séparation des pouvoirs des époux sur la communauté ou bien un déplacement de la propriété du pécule réservé ?

Il semble que l'intention du législateur ne peut être déduite clairement du texte même de la loi, car certaines décisions peuvent être interprétées en faveur d'un système, tandis que d'autres sont nettement en faveur de l'opinion opposée : c'est ainsi que l'article 5 § 1 prévoyant l'acceptation de la communauté par la femme à la dissolution du mariage ou lors de la séparation de biens paraît indiquer que les biens réservés font partie de la communauté puisqu'ils « entreront dans le partage du fonds commun ». Par contre, l'article 5 § 2 pour le cas de renonciation fait pencher la balance de l'autre côté. L'article 3 est aussi en faveur des deux opinions suivant que l'on considère le cas des créanciers qui ont ou qui n'ont pas contracté dans l'intérêt du ménage (1).

Si la loi, de par sa rédaction, ne permet pas de donner un argument péremptoire, les discussions qui ont eu lieu à la Société d'études législatives, les termes du rapport de M. Violette, et l'intention hautement affichée du législateur de ne pas toucher à l'économie des régimes matrimo-

1. Il semble cependant que l'art. 3 al. 2 est nettement en faveur de la communauté de pécule réservé. Il donne des droits sur ce pécule à certains créanciers du mari, « alors que, antérieurement à la présente loi, ils auraient dû se trouver entre les mains du mari ».

niaux déjà existants permettent de déduire avec certitude que, après comme avant 1907, le pécule réservé fait partie de la communauté et qu'il n'y a eu qu'une simple séparation de pouvoirs (1).

Il résulte de cette décision que, désormais, le patrimoine de la communauté est divisé en deux parties bien distinctes, une d'entre elle est soumise au mari, la seconde à la femme. A la dissolution de la communauté, chacune peut suivre un sort différent suivant la décision que prendra la femme. Le lien qui réunit les biens réservés à la communauté est donc un lien bien factice et, nous nous permettrons de le qualifier de lien subjectif, puisqu'il dépend d'une seule volonté de le créer ou de le rompre.

En résumé, sous ce régime, nous nous trouvons pendant le mariage en présence de quatre masses de biens :

1° les biens propres au mari ;

2° les biens communs soumis à l'administration du mari, qui, pratiquement, se confondent avec les premiers ;

3° les biens communs constituant le pécule réservé de la femme, sur lesquels le mari n'a aucun pouvoir, tandis que la femme a les droits conférés par la loi de 1907 ;

4° les biens propres de la femme.

§ 2. — DE LA PROPRIÉTÉ DES BÉNÉFICES ET DE LA PLUS-VALUE

Les fonds qui ont servi à l'acquisition ou à la création de l'établissement commercial qui a à sa tête la femme

1. En ce sens propositions Goirand, Gourju, Grosjean, rapport Guiller : « Si d'après les règles ordinaires du régime auquel les époux sont soumis, tombaient en communauté, après le vote de la loi, ils continueront à y tomber ». *J. O.*, 1907, Sénat, n. 77.

mariée, ont pu provenir de l'une quelconque de ces masses, il nous faut étudier comment s'appliqueront les principes que nous avons établis dans le paragraphe « des bénéfices de la femme mariée commerçante » (1).

1er cas. La femme dirige son exploitation commerciale uniquement avec ses biens réservés ou avec des fonds prêtés par un tiers ou par le mari en vertu d'un acte formel.

Tous les bénéfices, déduction faite de l'intérêt prévu par les clauses du contrat, feront partie des biens réservés.

2e cas. Les fonds servant à l'exploitation ont été prélevés sur les propres du mari, les biens communs ou les propres de la femme.

Une ventilation devra alors être faite pour déterminer la part qui doit revenir au travail et celle qui revient au capital. La première sera bien réservée, la deuxième tombera dans la communauté qui a la propriété des revenus de ses propres biens ainsi que des propres de la femme ou du mari (2).

Les mêmes solutions devraient être appliquées à la plus-value.

§ 3. — DE LA PROPRIÉTÉ DU FONDS DE COMMERCE

Ainsi que nous l'avons déjà vu le législateur a complètement ignoré les difficultés d'une telle question.

Si la femme était commerçante avant son mariage, le

1. P. 176-191.

2. Il en sera de même s'il existe un contrat de société entre les époux : les bénéfices de la femme seront réservés, ceux du mari tomberont dans la communauté.

fonds tombera dans la communauté (1), à moins qu'une clause formelle du contrat de mariage ne l'en ait exclu et ne lui ait conféré la qualité de propre.

Au cas où la femme a acquis le fonds de commerce postérieurement à son mariage et avec des biens réservés le fonds sera réservé, il en sera de même si l'argent qui a servi à l'achat lui a été fourni à titre de prêt. Dans les autres cas, ce sera la femme qui en aura la libre disposition du fonds ; les rapports entre les époux devant être liquidés d'après les principes que nous aurons l'occasion d'étudier.

1. Douai, 1er avril 1912, *Gaz. trib.*, 15 juin 1912.

CHAPITRE II

DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ

Sous ce régime il n'y avait, avant 1907, que deux patrimoines : celui du mari et celui de la femme. Actuellement, la loi de 1907 a créé une autre catégorie de biens, celle des biens réservés qui appartiennent à la femme et sur lesquels elle a les droits que lui confère la nouvelle loi.

A. — De la propriété des bénéfices

a) *Avant 1907*

Antérieurement à la loi de 1907, de graves divergences s'étaient élevées dans la doctrine. Les bénéfices commerciaux étaient-ils des fruits ou des produits ?

Si on admettait qu'ils étaient assimilables à des fruits, en vertu de l'article 1530, ils devaient être « censés apportés au mari pour soutenir les charges du ménage ». Le mari avait donc le droit d'en disposer sans être obligé d'en rendre compte. Si, au contraire, on les considérait comme

des produits, ils tombaient sous le coup de l'article 1531, d'après lequel le mari a le droit de percevoir le mobilier appartenant à la femme mais à charge de le restituer à la dissolution du mariage ou au cas de séparation de biens.

Pour certains auteurs (1) les bénéfices étaient des produits. A l'appui de cette opinion, on faisait valoir que la loi distingue nettement les fruits des produits du commerce et de l'industrie. Les articles 387 et 1498 C. civ. sont formels en ce sens, et on ne peut y voir une simple redondance de langage puisque l'article 387 prévoit le cas où un enfant mineur possède des immeubles et exerce une industrie : le père a alors la propriété des fruits des premiers mais il ne possède aucun droit sur les produits de l'industrie. Il en résulte que le rapprochement de 1498 et de 1530 est décisif, en présence de l'omission des produits faite dans ce dernier article.

De plus, qu'est-ce qu'un fruit ? C'est un produit périodique qui naît et renaît de la chose à des époques fixes et régulières. Est-ce le cas des produits du commerce ? non, sans aucun doute, d'abord ils peuvent ne pas naître, enfin s'ils existent ce n'est ni à des époques fixes, ni d'une manière régulière.

Du reste, aucun rapport n'existe entre la femme percevant ses revenus sans inquiétude ni travail et la femme marchande publique réalisant, par un labeur incessant des bénéfices qui peuvent, d'un moment à l'autre, se chan-

1. Alauzet, I, n. 307 ; Aubry et Rau, V, p. 515 ; Baudry et Surville, III, n. 10-16 ; Bravard, n. 106 ; Demante, VI, n. 200 *bis* ; Demolombe, IV, n. 314 ; Guillouard, Cout. de mar., III, p. 515 ; Huc, IX, n. 398 ; Lalou, n. 10 ; Lyon-Caen et Renault, I, n. 309 ; Pardessus, n. 66.

ger en pertes et l'exposer à toutes les rigoureuses conséquences attachées à la qualité de commerçante.

Enfin l'opinion contraire aboutit à ce résultat paradoxal et profondément injuste que la femme travaille uniquement pour enrichir son mari en cas de gains et à prendre tous les risques à sa charge ce qui est contraire à l'adage si logique : *ubi emolumentum ibi onus.*

L'opinion contraire, considérant que les bénéfices sont des fruits, les donna purement et simplement au mari (1). En effet, disait-on, le commerce se fait grâce à des capitaux appartenant au mari ou dont le mari a la jouissance. De quel droit en serait-il privé ? Que les gains proviennent de l'intérêt de ces capitaux ou des spéculations dans lesquelles ces capitaux ont été engagés, il ne saurait y avoir de différence, ce sont toujours des fruits. Telle est du reste la pensée des auteurs du Code. Pour eux, le régime exclusif de communauté constitue une sorte de marché à forfait, par lequel le mari consent à ses risques et périls, à héberger, à nourrir, à vêtir sa femme et ses enfants, à éduquer ces derniers, moyennant l'abandon par la femme de tous ses revenus quelle qu'en soit la source.

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être adoptée. Nous déciderons donc que les bénéfices du commerce ne sont pas des fruits et ne tombent pas dans le patrimoine du mari. Les arguments de texte que nous avons déjà rapportés nous confirment dans cette opinion, de plus, il nous semble que l'intérêt des tiers exige une telle solution. En effet, les créanciers commerciaux de la femme doivent avoir un droit de poursuite non seulement sur le patri-

1. Bédarride, n. 133 ; Duranton, II, n. 480, XV, n. 259 ; Laurent, XXIII, n 433 ; Marcadé, n. 1529 ; Troplong, III, n. 2236.

moine actuel de la maison de commerce, mais aussi sur les bénéfices qui ont été retirés de son exploitation et qui n'ont pas été dissipés. Or, la solution contraire faciliterait les fraudes entre époux, s'il suffisait à la femme de retirer des fonds de son commerce et de les qualifier de bénéfices pour en perdre la propriété au profit de son mari et les soustraire ainsi aux poursuites de ses créanciers. Si une telle conséquence devait être admise, les tiers auraient dû être prévenus de l'existence du contrat de mariage par une publication comparable à celle qui est prescrite par l'article 69 C. com. pour le cas des régimes de séparation de biens et dotal.

Il en résulte donc, que, sous ce régime, les produits du commerce restent propres à la femme, et que le mari n'en acquiert pas la propriété ; mais il en est autrement pour la jouissance, s'ils sont capitalisés : à ce moment, en effet, ils cessent d'être des bénéfices pour devenir des propres, et l'administration de ses propres appartient non à la femme mais au mari.

Il ne peut y avoir à ce sujet aucune difficulté lorsque la femme a créé uniquement son fonds grâce à son industrie. Sans aucun doute possible, le fonds tout entier sera propre et les bénéfices appartiendront à la femme, défalcation faite de la contribution aux charges du ménage conformément aux articles 203 et 212 C. civ. Mais il en serait autrement, si la femme se servait de biens dont le mari a la jouissance ou la propriété pour exploiter son fonds. Il y aurait lieu d'attribuer au mari une portion des bénéfices (1) qui serait celle prévue par l'acte passé entre les époux s'il en existait un, et, en cas d'absence d'un pareil acte, une part propor-

1. Lyon-Caen et Renault, I, p. 264 ; Thaller, p. 115.

tionnelle dont l'importance serait déterminée eu égard aux éléments de la cause.

b) *Depuis 1907*

Les solutions auxquelles nous venons d'arriver s'imposeraient identiquement aujourd'hui, dans les cas où la femme mariée commerçante ne tomberait pas sous le coup de la loi de 1907. Il en sera autrement dans le cas contraire. La loi de 1907 ne varie pas avec le régime matrimonial, de sorte qu'il importe peu aujourd'hui de décider si les bénéfices commerciaux constituent des fruits ou des produits. Quelle que soit leur situation juridique, ils n'en seront pas moins des biens réservés et comme tels soustraits à l'administration et à la jouissance du mari (1). Ils restent la propriété de la femme et les intérêts qu'ils rapportent restent des biens réservés. Le patrimoine de la femme mariée sous le régime exclusif de communauté se compose donc de deux masses bien distinctes de biens dont elle est propriétaire :

1° La masse de ses biens propres dont le mari a l'administration et la jouissance;

2° La masse des biens réservés sur lesquels elle a les droits qui découlent de la loi de 1907.

Comme pour le régime de la communauté, nous déciderons que tous les bénéfices et la plus-value sont biens réservés lorsque la femme a créé elle-même son commerce uniquement avec ses biens réservés.

1. Néanmoins la discussion à laquelle nous venons de nous livrer reprendra son intérêt lorsqu'il s'agira de déterminer dans quels cas et dans quelles conditions le mari peut engager les biens réservés de sa femme.

Ils seront aussi biens réserves si la femme a eu à sa disposition de l'argent prêté par un tiers ou par son mari quand un contrat aura été passé entre les époux.

Une ventilation devra être faite, lorsque les fonds appartenaient au mari et qu'aucun acte n'aura été passé entre les époux (1).

B. — Propriété du fonds

Appliquant les mêmes principes nous déciderons que, dans les deux premiers cas examinés plus haut, le fonds est la propriété réservée de la femme tandis que dans le troisième cas la femme aura un simple droit de disposition.

1 Il n'y a pas à considérer le cas où les derniers étaient propres à la femme, une telle catégorie n'existant pas sous ce régime. Le mobilier appartient au mari pendant le mariage à charge de le restituer à la dissolution (art. 1531, C. civ.).

CHAPITRE III

RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

Ce régime provient de deux sources différentes. Il peut résulter d'un jugement quand les époux étaient mariés sous un autre régime, la séparation de biens est dite alors judiciaire. Elle est dite conventionnelle lorsque les époux l'ont choisie, lors de leur mariage, comme leur futur régime matrimonial. Dans ce dernier cas, la situation des époux est fixée pour toute la durée de leur mariage et cela irrévocablement (sauf jugement prononçant la séparation de corps). Au contraire, la séparation judiciaire peut disparaître au profit des anciennes conventions matrimoniales. Une seconde différence consiste en ce que, au cas de séparation judiciaire, la femme contribue aux charges du ménage proportionnellement à ses facultés (art. 1448 C. civ.) tandis que si la séparation est conventionnelle, l'article 1537 C. civ. décide que les conventions contenues au contrat doivent s'appliquer, et au cas d'absence de stipulation sur ce point, il fixe la contribution de la femme au tiers de ses

revenus. Mais, quelle que soit l'origine de la séparation, les pouvoirs de la femme sur ses biens sont identiques.

A. — Des pouvoirs de la femme commerçante sur les biens composant son patrimoine

Depuis la loi de 1907, le patrimoine de la femme commerçante ou qui exerce une autre profession comprend deux masses de biens lorsqu'elle bénéficie de la nouvelle loi.

Dans la première masse de biens, rentrent tous les biens de la femme à l'exception de ceux qui proviennent de son industrie ou de son salaire. La femme en a la libre administration (art. 1449 et 1536 C. civ.) (1). Mais elle doit être autorisée pour intenter une action judiciaire, alors même que le procès aurait sa source dans un acte d'administration. Enfin sans entrer dans les controverses doctrinales qui ne rentrent pas dans notre sujet, nous rappellerons qu'une opinion lui donne la liberté d'aliéner seule ses biens mobiliers sans aucune restriction (2), tandis que la jurisprudence soutenue par un parti important de la doctrine (3) ne lui reconnaît ce droit que lorsque l'aliénation a seulement pour objet les besoins de son administration.

Dans la deuxième masse de biens rentrent tous les produits de son travail. La femme a sur eux les droits qui découlent de la loi de 1907 et qui sont plus étendus que

1. L'art. 1536 dit d'une manière très explicite « conserve l'entière administration ».

2. Aubry et Rau, V, § 516, note 56 et les auteurs cités.

3. Cass., 25 avril 1882, S. 1882. 1. 441 ; Baudry et Surville, III, n. 1498 et les auteurs cités.

ceux que le Code civil lui accordait antérieurement. C'est ainsi qu'en plus des pouvoirs qu'elle tenait de l'article 1449 C. civ. et de l'article 7 C. com. d'où il découlait qu'elle pouvait aliéner ses immeubles par les besoins de son commerce, elle pourra maintenant aliéner ses immeubles réservés quel que soit le but poursuivi.

B. — De la propriété des bénéfices du commerce

Dans le cas de séparation de biens, comme dans les autres régimes matrimoniaux, aucune difficulté ne peut s'élever quant à l'attribution de la propriété des bénéfices, de la plus-value ou du fonds de commerce, lorsque la femme fait le commerce avec ses biens séparés, ou avec des fonds prêtés par un tiers ou par le mari, s'il existe un acte formel entre les époux.

Dans les cas où les fonds fournis appartiennent au mari ou à la masse non réservée des biens de la femme, une ventilation devra être faite : le mari ne pouvant être frustré de la jouissance de ses biens propres, ou des pouvoirs, bien que réduits, qu'il possède sur les biens de sa femme (1).

C. — De la demande de séparation de biens

La loi de 1907 n'a pas modifié le droit antérieur en ce qui touche l'impossibilité faite au mari de demander la séparation. Seule la femme possède ce droit. Mais le Code civil décide que, pour obtenir la séparation, la femme doit

1. En ce sens Guyon, p. 42.

prouver que sa dot est mise en péril (1). On peut se demander si, lorsque la femme ne possède que des biens réservés, elle peut arguer de la mise en péril de sa dot.

A première vue, la négative paraît s'imposer, les biens réservés étant soustraits, quel que soit le régime matrimonial, à l'administration du mari, on ne voit pas l'intérêt que présenterait la séparation pour la femme. La demande doit donc être rejetée en vertu du principe : pas d'intérêt, pas d'action (2).

Il nous semble que cet examen est un peu superficiel et que, dans certains cas, la femme peut avoir intérêt à faire une telle demande :

1° En vertu de l'article 2 de la loi de 1907, le mari peut faire retirer à sa femme ses nouveaux pouvoirs et nous avons vu que, dans ce cas, les biens réservés suivaient le sort prescrit par les conventions matrimoniales ou par la législation antérieure à 1907. La séparation de biens une fois prononcée enlèvera ce droit au mari.

2° Les créanciers qui ont contracté dans l'intérêt du ménage ont le droit de saisir les biens réservés (art. 3) lorsque, antérieurement à la loi de 1907, ces biens auraient dû se trouver entre les mains du mari. Or, la séparation de biens ne tombe pas sous le coup de cet article. Il est vrai que la femme séparée de biens est considérée par la jurisprudence comme tenue des engagements contractés par le mari dans l'intérêt du ménage mais elle n'est alors tenue que subsidiairement, c'est-à-dire lorsque le

1. La deuxième raison prévue par l'art. 1443 C. civ. : crainte de ne pouvoir exercer ses reprises n'est qu'une redondance de langage, les reprises faisant partie de la dot au sens large.

2. Périgueux, 12 mars 1908, S. 1909. 2. 157 ; Lalou, n. 48.

mari ne peut répondre de ses obligations. Dans le cas de l'article 3, au contraire, les créanciers peuvent s'adresser en premier lieu à la femme qui ne peut leur opposer le bénéfice de discussion.

3° Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la femme et ses héritiers en ligne directe jouissent seuls de la faculté de reprendre les biens réservés même en renonçant à la communauté. Quand les héritiers sont des héritiers collatéraux, ils ne peuvent qu'accepter la communauté avec toutes ses charges, ou y renoncer, mais alors ils perdent tout droit sur les biens réservés. Si la séparation est prononcée, les biens réservés reviendront à tous les héritiers qu'ils soient en ligne directe ou collatéraux.

4° Enfin, cette mesure peut avoir simplement pour but de rassurer les créanciers de la femme qui peuvent craindre que leur débitrice ne soit engagée par les dépenses exagérées de son mari.

De cet exposé ressort l'existence de l'intérêt de la femme à demander la séparation même si elle ne possède que des biens réservés, nous estimons donc que la séparation peut être demandée et prononcée.

D. — De la publication de la séparation de biens

Nous avons déjà étudié la publication prescrite par les articles 67 et 69 C. com. lors de la célébration du mariage ou lorsque la femme séparée devient commerçante au cours du mariage et celle qui est prescrite par la loi du 19 mars 1919 sur les registres du commerce.

Les articles 65 et 66 C. com. ordonnent, de plus, la publi-

cation de la demande de séparation de biens lorsqu'un des époux est commerçant. L'article 65 rappelle le droit commun lors de l'introduction de la demande, en renvoyant au Code civil et au Code de procédure. L'article 66 prescrit une publication spéciale du jugement en renvoyant à l'article 872 C. pr. civ. et indique les sanctions de la non-publication : les créanciers tant de la femme que du mari, seront toujours « admis à s'y opposer pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite ». Aucune publication n'était prescrite avant 1919 lors du rétablissement du régime antérieur, la nouvelle loi a comblé cette lacune (2).

1. Douai, 13 mai 1912, S. 1913. 2. 19, *J. fali.*, 1912, 207.
2. *Supra*, p. 103.

CHAPITRE IV

DU RÉGIME DOTAL

Etant données les particularités de ce régime, nous diviserons notre étude en trois paragraphes.

§ 1. – RÉGIME DOTAL UNIVERSEL

Dans ce cas, tous les biens de la femme présents ou futurs sont dotaux. Mais, avant la loi de 1907, on discutait pour savoir, si, malgré la généralité des termes du contrat de mariage, les produits de l'industrie et du commerce étaient dotaux.

En faveur de la propriété du mari on faisait valoir que l'industrie de la femme est un bien. En effet, un bien est ce qui est utile : *Bona ex eo dicuntur quod beant... beare est prodesse* (1). Les textes, du reste, sont en faveur de cette opinion. L'article 1498 C. civ. décide que l'industrie des époux tombe dans la communauté d'acquêts, d'après l'ar-

1. L. 49, ff. Dig. de Verb. signif.

ticle 1779 l'industrie peut faire l'objet d'un contrat de louage, enfin d'après l'article 1833, elle peut jouer le rôle d'un apport. « La restitution de la dot prévue à la dissolution du mariage ou lors de la séparation de biens, ne comprend que les capitaux apportés en dot ou échus pendant le mariage » (1).

Or les gains commerciaux ne sont pas des capitaux, ils sont donc dotaux et le mari en a la propriété à charge de restitution.

Dans une deuxième opinion (2) l'activité de la femme commerçante doit être distinguée de celle de la femme ménagère. La deuxième économise alors que la première joue un rôle actif. « Son industrie, c'est sa force commercialement productive, son intelligence, ses aptitudes, c'est sa personne elle-même. On ne peut dire que ce sont des biens au sens juridique du mot, autrement la femme se trouverait dans la situation d'une esclave ». Du reste, l'article 1833 Code civil distingue nettement l'industrie des autres biens. Le mari ne possède donc aucun droit et les bénéfices sont paraphernaux.

Dans un troisième système, on fait la distinction que nous avons déjà exposée lorsque nous avons étudié le régime exclusif de communauté. Le mari n'aura aucun droit sur les bénéfices tant qu'ils font partie du fonds de roulement, mais il en sera autrement quand ils seront capitalisés le mari en aura alors la jouissance parce que ces bénéfices n'ont jamais cessé d'être dotaux (3). C'était l'opi-

1. Duranton, II, n. 480 ; Marcadé, VI, art. 1540 et 1541 ; Troplong, Cout. de mar., IV, n. 306.

2. Demolombe, IV, n. 315.

3. Riom, 23 mars 1881, S. 1881. 1. 25 note Chavegrin ; Civ. 13 fév. 1884, S. 1886. 1. 25 ; Baudry et Surville, III, n. 1570 ; Lyon-Caen et

nion de la jurisprudence. Il en résultait que les créanciers de la femme ne pouvaient saisir les bénéfices de leur débitrice qui avait toujours le droit de leur opposer l'inaliénabilité et l'insaisissabilité pourvu qu'elle ait publié son contrat conformément aux articles 67 et 69 C. com. La déclaration de la faillite de la femme ne pouvait, ainsi que nous le verrons, produire aucun changement de sorte qu'on assistait à cette situation injuste et immorale d'une femme commerçante s'arrêtant de payer ses créanciers et continuant à vivre grâce aux bénéfices de son commerce en narguant l'impuissance de ceux qui avaient eu foi en elle, et qui n'avaient plus, depuis la loi de 1867, la ressource de la contrainte par corps pour essayer de faire une pression sur sa volonté en l'obligeant à demander à la justice l'autorisation de vendre ses biens dotaux.

Le législateur n'avait rien fait depuis, depuis la promulgation du Code jusqu'en 1907, pour remédier à un si fâcheux état de choses. Mais, cette indifférence était surtout due à ce fait que les contrats prévoyant une constitution de dot universelle sont très rares dans la pratique (1).

Etant donné le caractère général et formel de l'article 1 de la nouvelle loi (« Sous tous les régimes », dit-il) il faut en déduire que les bénéfices commerciaux cesseront à l'avenir d'être dotaux pour devenir des biens réservés. Ils seront donc aliénables, prescriptibles et saisissables (2).

Renault, I, n. 266; Planiol, III, n. 1488; Rodière et Pont, III, n. 1959 et 1975.

1. Rappelons que le droit antérieur subsiste dans les sac où la femme ne bénéficie pas de la nouvelle loi.

2. Baudry et Surville, III, p. 247; Degois, p. 278; Lalou, n. 10;

Quelle sera la nature de ces biens réservés. Lors des travaux préparatoires on les a qualifiés de biens paraphernaux (1). L'article 5 les qualifie de « propres » mais ce terme est bien vague et bien peu explicite. Il semble que la paraphernalité s'impose en présence de la disparition de l'inaliénabilité et de l'intention de la loi qui désire que la femme puisse subvenir à l'aide de ses gains et de ses salaires aux besoins du ménage. Mais ce sont des paraphernaux d'une nature particulière puisque la femme peut les aliéner sans autorisation et le mari, ainsi que nous le verrons, les engager pour les besoins du ménage.

Les bénéfices de la femme seront réservés pour la totalité lorsqu'elle fera son commerce uniquement avec des biens réservés ou que les deniers mis à sa disposition par un tiers ou par le mari le seront en vertu d'un contrat de prêt. Dans les autres cas une ventilation s'imposera (2).

§ 2. — RÉGIME DOTAL AVEC PARAPHERNAUX

Avant la loi de 1907, la situation de la femme mariée, sous un tel régime était en ce qui touche ses biens paraphernaux, en tous points identique à celle d'une femme séparée de biens. Or, de ce que, sous un tel régime, la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception, il s'ensuivait que les produits du travail de la femme étaient

Margat, p. 173 ; Planiol, III, p. 250 ; Pichon, p. 102 ; Valéry, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 397. Contre Deschamps, p. 211 ; Lyon-Caen et Renault, Man, p. 69.

1. *J. O.*, Ch. Dép. *Doc. parl.*, p. 960, col. 2 et *J. O.*, Sénat, *Déb. part*, p. 627.

2. Bernard et Bonnecase, n. 37.

soumis aux mêmes principes que les propres de la femme séparée de biens (1).

La loi de 1907 n'a rien changé à cette assimilation de sorte que les solutions que nous avons données pour le régime de séparation de biens s'appliqueront dans leur intégralité dans le cas que nous étudions maintenant.

§ 3. — RÉGIME DOTAL AVEC SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Sous ce régime, les règles seront identiques à celles que nous avons données pour le régime de la communauté en ce qui touche la qualité des biens réservés, les pouvoirs de la femme, et la ventilation à faire dans les bénéfices.

1. Il faut remarquer que la situation sera identique si la femme s'est constituée en dot tous ses biens présents, l'opinion que l'industrie de la femme était un bien ayant été abandonnée ainsi que nous avons vu.

SECTION III

Des conséquences du commerce de la femme mariée commerçante dans ses rapports avec ses créanciers propres ou ceux de son mari.

Dans cette section nous allons procéder à l'étude de l'obligation aux dettes sous les différents régimes matrimoniaux. Nous nous contenterons de rappeler aussi sommairement que possible les solutions du droit civil antérieurement à 1907 lorsque le commerce de la femme ou la loi de 1907 ne sont pas susceptibles de les modifier. Nous nous attacherons d'abord à préciser les droits des créanciers de la femme en distinguant les créanciers antérieurs de ceux qui sont postérieurs au mariage, puis, nous étudierons les droits des créanciers du mari sur les diverses masses qui constituent le patrimoine de la femme. Dans un tableau général, nous résumerons pour chaque régime les conclusions auxquelles nous serons arrivés.

Devrons-nous faire une étude spéciale du cas où le mari est mineur ? nous ne le pensons pas. Dans ce cas, en effet,

bien que la justice soit intervenue pour habiliter la femme à faire le commerce, on ne peut soutenir que celle-ci est autorisée de justice. Elle fait le commerce grâce à l'autorisation de son mari et l'intervention de la justice a seulement pour but de renforcer cette autorisation et de lui donner une valeur légale ; de plus, les articles 220 C. civ. et 5 C. com. ne prononcent aucune modification aux principes lorsqu'il s'agit du mari mineur.

Mais, avant de passer à l'étude de chaque régime matrimonial, il nous paraît utile de rappeler, dans un chapitre préliminaire, les principes qui s'appliqueront quelles que soient les modalités du contrat de mariage des époux et de préciser le sens de certaines expressions que nous emploierons dans la suite.

Enfin, comme il se dégagera de notre étude, que les biens réservés de la femme forment le gage de certaines catégories de créanciers alors qu'ils échappent aux autres, nous examinerons dans un dernier chapitre quels moyens de preuve sont à la disposition de la femme pour démontrer à l'encontre de ses créanciers la qualité de réservée qui appartient à une partie de ses biens.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

PRINCIPES ET DÉFINITIONS

Nous avons déjà vu qu'en vertu de l'article 5 C. com., la femme marchande publique, peut sans l'autorisation spéciale et particulière de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son commerce. Par suite de l'extension donnée à l'article 638 C. com., la femme mariée commerçante est présumée jusqu'à preuve du contraire contracter pour les besoins de son commerce. Il en résulte que, lorsque cette preuve ne sera pas administrée, les obligations de la femme engageront tout le patrimoine dont elle a la disposition, c'est-à-dire son fonds de commerce et tous ses biens réservés ou non. Une exception à ce principe n'existera que pour les biens dotaux au cas de régime dotal.

Les droits du mari sur les biens et le fonds de commerce de sa femme différeront suivant le régime matrimonial et l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition du fonds mais la loi de 1907 a décidé que, pour mettre les biens réservés à l'entière disposition de la femme, il fallait les soustraire à l'administration tant directe qu'indirecte du mari et l'article 3 al. 2 décide qu'ils ne pourront être sai-

sis par les créanciers du mari que lorsque ce dernier aura traité dans l'intérêt du ménage « alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver dans les mains du mari ». Avant d'examiner quels sont les régimes matrimoniaux visés par cette disposition de la loi nouvelle, il nous paraît utile de préciser ce qu'on doit entendre par « intérêt du ménage », d'autant plus que cette expression revient dans l'article 3 al. 4 d'après lequel la femme qui contracte dans « l'intérêt du ménage et sans autorisation maritale » engage les biens du mari. Nous aurons à nous demander aussi par qui la preuve de l'intérêt du ménage doit être fournie et le sort des obligations de la femme non autorisée, agissant hors de l'intérêt du ménage et des besoins de son négoce. Enfin dans un dernier paragraphe nous examinerons s'il y a lieu de donner aux créanciers commerciaux un privilège sur les biens qui rentrent dans la composition du fonds de commerce.

§ 1. — DE L'INTÉRÊT DU MÉNAGE

Les travaux préparatoires ne nous fournissent aucune indication sur ce qu'on doit entendre par « intérêt du ménage ». Les différents orateurs n'en ont parlé qu'incidemment et se sont tenus dans des généralités très vagues et très imprécises. On a l'impression qu'ils ont cru que l'expression « besoins du ménage » avait une signification tellement claire par elle-même qu'aucune divergence de vues n'était possible ou que cette expression était déjà nettement définie par une loi antérieure ou par la jurisprudence. Le rapporteur de la loi s'est contenté de dire : « Ne

rentreront pas dans les dettes contractées dans l'intérêt du ménage les dépenses de jeu et de cabaret ». Cela est évident et, qu'on nous permette l'expression peu juridique, c'est enfoncer une porte ouverte. Ce sera donc à la jurisprudence de décider, suivant les cas, s'il y a ou s'il n'y a pas « intérêt du ménage ». On voit par là avec quelle légèreté, le législateur introduit actuellement de nouveaux principes vagues et mal définis dans notre législation sans se soucier de la répercussion qu'une telle imprécision peut avoir dans la pratique.

Sans vouloir donner une liste limitative de toutes les dépenses qui rentrent dans la catégorie de celles qui sont contractées dans l'intérêt du ménage, il nous paraît possible d'en indiquer quelques-unes.

A notre avis rentreront indiscutablement dans les dépenses que nous étudions : 1° toutes celles auxquelles la loi donne à des titres divers, un privilège en cas de non-payement, lorsque ce privilège est donné en raison de la qualité des créances et que leur origine n'est pas due à l'exercice d'une industrie ou d'un commerce quelconque.

Nous comprenons dans cette catégorie : les frais de justice lorsqu'ils intéresseront les deux époux (par ex. pour un bien de la communauté), les frais funéraires, les frais de maladie (car il est de « l'intérêt du ménage » de conserver la santé de tous les membres de la famille), les salaires des gens de service, les fournitures de subsistances prévues à l'article 2101 C. civ.; les frais de nourrice prévus par la loi du 23 décembre 1874, article 14; les loyers de l'appartement habité par les époux (art. 2102 C. civ.).

Quoique nous nous appuyions sur certains articles du code, il n'est pas dans notre pensée de vouloir dire que ces assimilations que nous proposons, doivent être strictes et

restrictives. Notre idée n'est pas que la créance doit être privilégiée pour être présumée faite dans l'intérêt du ménage. Nous cherchons simplement dans les textes cités des guides pour l'interprétation à donner à l'expression que nous étudions. Il nous paraît que, puisque la loi a déclaré ces créances privilégiées, c'est qu'elle a estimé d'abord qu'elles étaient dignes d'intérêt et ensuite qu'elles étaient indispensables pour la vie de la famille de sorte que nul ménage ne pouvait s'en dispenser. Il en résulte que peu importe que les dépenses non payées de fournitures, par exemple, remontent à plus ou moins de six mois, quoique ces dernières seules soient privilégiées nous estimons que les premières doivent être aussi considérées comme faites dans l'intérêt du ménage. Il appartiendra naturellement au juge du fait de considérer la profession, le genre d'existence des époux avant de décider si telle fourniture à un des époux ne doit pas être écartée comme exagérée et abusive (1).

2° Rentreront aussi dans les dépenses faites dans l'intérêt du ménage, les dépenses découlant des obligations prévues au liv. I, tit. V, ch. V du Code civil, c'est-à-dire la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, les pensions alimentaires aux enfants et aux parents (2).

3° Un point controversé est celui de savoir si les dépenses faites pour l'entretien des biens réservés le sont dans l'intérêt du ménage.

1. Le tribunal de la Seine a ainsi, le 19 mars 1909 (*Gaz. trib.*, 31 juillet 1909), jugé, avec raison, selon nous, que l'achat d'un piano par la femme pour servir à l'instruction des enfants, était une fourniture du ménage.

2 Contre Wahl, note P. 1909. 2. 129.

En faveur de l'affirmative on fait valoir (1) que le ménage a intérêt à leur conservation puisqu'ils servent à payer les dettes du ménage et que, si les réparations n'étaient pas faites, il en résulterait une diminution de leur valeur.

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être adoptée. D'après les principes généraux du droit, les réparations doivent être faites, suivant les cas, soit par le propriétaire, soit par l'usufruitier, ou, en d'autres termes, par celui qui en a la jouissance. Or, dans le cas actuel, la personne qui a la jouissance des biens réservés c'est la femme et c'est elle seule qui doit en supporter les charges : chaque masse de biens doit, en effet, supporter les dépenses afférentes à son propre entretien. Nous déciderons donc que les dépenses faites pour l'entretien ou la conservation des biens réservés seront supportées par la femme et cela uniquement sur les biens réservés (2). Il nous paraît puéril d'arguer d'une obligation éventuelle de ces biens réservés pour permettre à la femme d'obliger son mari à contribuer à leur entretien. Du reste, nous verrons, lorsque nous étudierons le régime de la séparation de biens, que les créanciers du mari peuvent, suivant la jurisprudence, se retourner dans certains cas contre la femme, lorsque le mari ne peut acquitter certaines dettes. Or, il n'est venu à personne l'idée que, en vertu de cette obligation éventuelle, le mari dût contribuer aux dépenses d'entretien des biens de sa femme séparée. Enfin, si on admettait l'opinion que nous combattons, ne pourrait-on arriver à décider que, sous tous les régimes matrimoniaux le mari est tenu des

1. Pichon, p. 229 ; Margat, p. 237.

2. Rapport Violette déjà cité ; Guyon, p. 119 ; Le Courtois et Surville, p. 36 ; Lalou, n. 155.

dettes commerciales de la femme, la femme n'ayant agi que pour l'entretien et l'amélioration de son pécule réservé ? ou que toutes les dépenses faites par le mari pour l'entretien de la communauté engagent les biens réservés ?

§ 2. — DE LA PREUVE DE L'INTÉRÊT DU MÉNAGE

Ainsi que nous l'avons vu, il résulte de la loi de 1907 que les époux, lorsqu'ils traitent dans l'intérêt du ménage engagent dans certains cas le mari les biens réservés de la femme, la femme les biens du mari (art. 3, al. 2 et 4). L'article 3, al. 4 n'est que la confirmation législative de la doctrine jurisprudentielle du mandat tacite et l'article 3, al. 2 étend cette théorie au mari. Il nous faut étudier à qui incombe le fardeau de la preuve lorsque les créanciers du mari voudront saisir les biens réservés ou lorsque ceux de la femme désireront se retourner contre ceux du mari.

La loi de 1907 n'a statué que dans le premier cas. L'article 3, al. 3, dit en termes formels : « La preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier ». La nécessité d'une telle disposition se faisait sentir surtout au cas de communauté. En effet, les biens réservés était, en principe, communs, et le mari ayant le droit d'engager la communauté, on aurait pu soutenir que le mari continuait à engager les biens réservés sauf le cas où la preuve contraire était fournie. La charge de la preuve aurait alors incombé à la femme qui aurait dû démontrer que le mari, ayant contracté hors de l'intérêt du ménage, n'avait pu engager les biens réservés

et que, par conséquent, l'action des créanciers devait être rejetée comme mal fondée.

En l'état actuel des textes la solution contraire s'impose sans aucun doute. Le créancier, lorsqu'il voudra poursuivre les biens réservés pour une dette du mari, devra (sous les régimes où un tel recours est possible) administrer la preuve que le mari a contracté dans l'intérêt du ménage pour faire admettre la recevabilité de son action.

Mais la loi de 1907 a omis de statuer dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les créanciers de la femme qui a contracté sans autorisation veulent se retourner contre le mari. A notre avis, l'opinion symétrique doit être adoptée et nous déciderons qu'il faut que le créancier démontre que sa débitrice a contracté dans l'intérêt du ménage (1).

M. Pichon (2) est d'un avis contraire. D'après lui, la rédaction même du texte semblerait montrer que la preuve à fournir sera non la preuve que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage (preuve qui incomberait au créancier de la femme), mais la preuve que la dette a été contractée hors de l'intérêt du ménage (preuve qui incomberait au mari). L'article 3, al. 4 dit, en effet, « le mari n'est responsable des dettes contractées *autrement que*, etc. De plus, par suite de la loi de 1907, la femme est administratrice d'un patrimoine affecté à l'entretien du ménage, on ne peut donc que présumer que toute dette est contractée dans l'intérêt de ce ménage, sous réserve naturellement de la preuve contraire, on le doit d'autant plus que si la femme n'agit pas dans l'intérêt du ménage, le retrait de ses pouvoirs sera possible.

1. Le Courtois et Surville, p. 35.
2. P. 224.

Ces raisons ne nous paraissent pas convaincantes. Il nous semble quelque peu téméraire d'attribuer au législateur de 1907, une intention aussi différente en ce qui touche les créanciers de la femme de celle qu'il a eue en ce qui touche ceux du mari, et de se fonder pour arriver à ce résultat sur une négation quelque peu malencontreuse. Quant à dire que les biens réservés sont affectés uniquement à l'intérêt du ménage, cette affirmation ne nous paraît trouver aucun fondement dans la loi. Certes, le premier but des biens réservés est de contribuer aux besoins du ménage, mais n'en est-il pas de même de tous les biens que possèdent les époux à un titre quelconque ? D'autre part, avant la loi de 1907, lorsqu'un créancier avait traité pour les besoins du ménage avec une femme mariée agissant en vertu de son mandat tacite, et qu'une contestation s'élevait sur la nature et la validité de la créance, il appartenait au créancier de prouver que la dette avait trait au ménage. Or, la loi de 1907 n'a fait qu'apporter sur ce point la consécration législative à la théorie jurisprudentielle du mandat tacite, il s'ensuit que les solutions antérieures doivent donc être maintenues.

Dans les deux cas que nous venons d'examiner, la loi de 1907 n'a pas donné au recours du créancier contre l'époux non débiteur le caractère d'un recours subsidiaire. C'était pourtant le système qu'avait préconisé M. Grosjean pour le cas de la femme : « La femme répond également des dettes faites pour les besoins du ménage par le mari, mais seulement en cas d'insuffisance des biens de celui-ci ou de la communauté » (1) mais cette proposition n'est pas passée dans le texte qui a été voté (2).

1. *J. O.*, Ch. Annexes, 2280. Séance 27 février 1905.
2. C'est la solution de la loi genevoise du 7 novembre 1894, art. 2.

Aux yeux du législateur, les biens ayant leur origine dans l'activité de la femme, ne sauraient être considérés comme une ressource exceptionnelle et anormale, comme un fonds de réserve auquel on n'a recours que lorsque les biens qui doivent subvenir aux besoins du ménage sont insuffisants. La loi nouvelle a entendu que les biens réservés soient, au point de vue de leur affectation, sur le même pied que les biens provenant du mari. Par suite de l'article 3 al. 2, rien n'est changé aux règles du Code civil sur le droit de poursuite des créanciers du ménage (1). Une seule modification mérite d'être mentionnée au point de vue de la procédure : tandis qu'autrefois, les créanciers du mari qui voulaient saisir les produits du travail de la femme dirigeaient valablement leurs poursuites contre le mari seul, depuis la loi de 1907, s'ils veulent saisir les biens réservés de la femme, ils devront diriger également leurs poursuites contre elle, en tant qu'administratrice de cette partie du patrimoine conjugal.

§ 3. — DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR LA FEMME HORS DES BESOINS DU MÉNAGE ET DE L'INTÉRÊT DE SON NÉGOCE

D'après la loi de 1907, la femme peut s'obliger sur ses biens réservés sans l'autorisation de son mari. Avant cette loi de telles obligations étaient annulables à la demande de la femme et de son mari ou de leurs héritiers. On a soutenu qu'il en était de même actuellement lorsque la femme contractait en dehors de l'intérêt du ménage. L'article 2 al. 1er dit, en effet, que les pouvoirs qui lui sont conférés

1. Dans le même sens : Josson, p. 176; Margat, p. 248; Pichon, p. 220.

par l'article 1er le sont dans l'intérêt du ménage. Les biens réservés seraient alors grevés, ainsi que l'a dit M. Saleilles, d'une « affectation domestique » (1).

A notre avis, cette opinion repose sur une méprise. Ce n'est pas la même chose de dire que, dans l'intérêt bien entendu du ménage, on donne à la femme pleine capacité dont elle est présumée devoir faire un bon usage et que d'autre part on lui donne le pouvoir de s'obliger dans l'intérêt du ménage. La phrase de l'article 2 est placée là, pour justifier la possibilité d'un retrait de pouvoirs et l'on ne voit pas, du reste, si l'opinion contraire était exacte, comment il pourrait y avoir abus des droits de la femme. Déjà, lors de la discussion de la Société d'études législatives une pareille interprétation avait été repoussée par MM. Tissier et Turgon (2) qui avaient critiqué la disposition de la loi belge d'après laquelle la femme n'a le droit de s'obliger que pour les besoins du ménage. De plus l'article 3 al. 1er du projet élaboré par la commission de cette société était conçu dans les mêmes termes que l'article 3 al. 1er actuel et dans son exposé des motifs M. Boistel écrit : « Les droits des créanciers sur les biens régis par la femme sont réglés par l'article 3. Il était évident que ces biens devaient être affectés avant tout aux créanciers avec lesquels la femme aurait contracté dans l'intérêt du ménage. Mais on n'a pas cru pouvoir les soustraire à la poursuite des autres créanciers de la femme; du moment que celle-ci en a la libre disposition, ils doivent fournir le gage de tous ses créanciers ». Enfin l'article 3 dernier alinéa consacre implicitement cette solution lorsqu'il dit : « Le mari n'est pas

1. Léon Lyon-Caen, p. 191.
2. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 49 et 74.

responsable p....., lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article 1er, mais sans autorisation maritale ». La loi n'aurait pas pris la peine de déclarer ces dettes non-exécutoires sur les biens du mari, si le droit antérieur étant maintenu, elles avaient été annulables pour défaut d'autorisation. Nous ajouterons que l'article 3 al. 3 ne parle que des créanciers du mari et n'indique pas que les créanciers de la femme qui ont traité avec une femme non autorisée doivent prouver que l'obligation intéresse le ménage, ce qui serait nécessaire si l'opinion que nous combattons devait être adoptée.

Nous sommes d'accord avec M. Pichon (1) pour dire que le législateur aurait pu se dispenser d'augmenter ainsi la capacité de la femme. Etant donné que le but avoué de la loi, était de mettre les gains et les salaires de la femme en dehors de l'atteinte du mari, tout en les laissant affectés aux besoins du ménage, ce but aurait été atteint en donnant l'administration de ces biens à la femme tout en ne lui reconnaissant le droit de les engager que dans les cas où elle contracterait dans l'intérêt du ménage. En fait, la femme a maintenant le droit de contracter pour n'importe quel motif et la ressource laissée au mari par l'article 2 (retrait des droits) est bien illusoire car le plus souvent les mesures prises par le tribunal arriveront trop tard pour produire un effet salutaire. On ne pourrait objecter la difficulté de la production de la preuve, puisque cette difficulté n'a pas arrêté le législateur, lorsqu'il a déterminé différemment les droits des créanciers qui ont contracté avec la femme suivant qu'elle a ou qu'elle n'a pas agi dans l'intérêt du ménage.

1. P. 216.

Il résulte de ce système de la loi que la femme en arrive à incarner au même instant deux personnalités distinctes. Exceptionnellement capable en ce qui touche ses biens réservés, elle reste incapable pour le reste de ses biens (1). Il y a création d'une sorte de dotalité particulière *sui generis*. Il arrive à la femme qui a des biens réservés ce qui arrive à la femme dotale. Dans certains cas, en traitant avec leurs créanciers l'une et l'autre n'engagent pas tous leurs biens contrairement à l'article 2092 C. civ. et cela se produit non seulement sous le régime de la communauté où la femme n'est qu'administratrice des biens réservés, mais encore sous les autres régimes où elle en est propriétaire. L'assimilation que nous venons de faire avec la dotalité se poursuit même après la dissolution du mariage. Si on admettait en effet, qu'à ce moment-là, les créanciers qui ont traité avec la femme non autorisée peuvent saisir tous les biens de la femme sans distinguer leur origine, ce serait la fin de l'autorité maritale puisque la femme ne pourrait se retrancher derrière l'absence de l'autorisation. Nous déciderons donc que, même après la dissolution du mariage, les créanciers de la femme non autorisée ne pourront la poursuivre que sur ses biens réservés et que, s'ils veulent saisir un bien non réservé leur débitrice pourra toujours leur opposer le défaut d'autorisation (2) et demander l'annulabilité de l'obligation non confirmée en ce qui touche tout au moins le droit de poursuite sur les biens non réservés.

1. Nous jugeons utile d'insister sur ce fait que, ainsi que l'indique le titre du paragraphe, nous raisonnons toujours sur le cas où la femme contracte hors de l'intérêt de son commerce, c'est-à-dire dans une situation où, avant la loi de 1907, elle devait se faire autoriser.

2. En ce sens Guyon, p. 128.

§ 4. — LES CRÉANCIERS COMMERCIAUX ONT-ILS UN PRIVILÈGE SUR LES BIENS QUI RENTRENT DANS LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE ?

Cette question, ainsi que nous l'avons vu, s'était déjà posée dans notre ancien droit et, seul de tous nos auteurs, Savary s'était prononcé pour l'affirmative. Depuis la promulgation du code de commerce, certains auteurs ont essayé de reprendre l'opinion de Savary afin d'interdire au mari d'engager par ses actes les biens communs qu'il a mis à la disposition de sa femme pour l'exercice de son commerce ainsi que les bénéfices qui, à ce moment-là, faisaient partie de la communauté (1). Ils ont surtout fait valoir, à l'appui de leur opinion, l'intérêt des créanciers commerciaux qui seraient lésés si les créanciers du mari pouvaient saisir les marchandises de la femme.

On le voit, à l'exemple de Savary, les partisans de cette opinion n'invoquent aucun texte législatif et se bornent à faire appel aux principes supérieurs d'équité et de justice. Si séduisante que soit une telle théorie, il ne nous paraît pas possible malheureusement de l'admettre en présence des termes formels des textes législatifs actuels. Ainsi que nous l'avons dit (2), la maison de commerce ne constitue pas une personne morale dans les rapports avec l'extérieur, pour l'admettre il faudrait un texte formel dérogeant à l'article 2092 C. civ. Ce texte n'existe pas. De plus, dans le cas particulier envisagé par les auteurs que nous avons cités, les époux sont mariés sous le régime de la commu-

1. Bedarride, n. 137 ; Molinier, I, n. 183 ; Pardessus, I, n. 69.
2. *Supra*, p. 193.

nauté, or, il résulte de l'article 1401 que, avant la loi de 1907, tous les bénéfices du commerce de la femme tombaient dans la communauté et de l'article 1409 que le mari a le droit d'engager *tous* les biens communs. Si, actuellement, l'article 1401 est modifié et s'il résulte de la loi de 1907 que les biens réservés ne peuvent être engagés par le mari, l'article 1409 subsiste toujours et on doit décider que le mari conserve le droit d'engager la maison de commerce de sa femme jusqu'à concurrence de la valeur des biens communs qu'il a mis à sa disposition. Quant à la femme elle-même nous déciderons qu'en vertu de l'article 2092 C. civ. elle engage tous les biens qu'elle possède lorsque, régulièrement habilitée, elle s'oblige civilement sans distinguer entre les biens qu'elle a mis dans sa maison de commerce et ceux qu'elle a gardés pour elle-même. Il n'y aura d'exception que lorsqu'une disposition formelle du code en aura décidé autrement et une telle dérogation à l'article 2092 n'existe pas en faveur des créanciers commerciaux. Cette solution est, du reste, implicitement consacrée par l'article 3 al. 4 de la loi du 17 mars 1909, modifié par la loi du 31 juillet 1913, duquel il résulte qu'après la seconde insertion dans les journaux, prescrite pour rendre publique la cession d'un fonds de commerce, *tout* créancier du précédent propriétaire peut former opposition au payement du prix.

Pour ceux qui, comme nous, admettent la validité de la société entre époux, une exception à ces principes se produira lorsqu'il y aura entre les époux un contrat formel de société régulièrement publié et enregistré parce qu'alors la société constitue une personne morale opposable aux tiers et aux créanciers de chacun des époux.

CHAPITRE PREMIER

DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

Ainsi que nous l'avons vu, sous ce régime il existe quatre masses de biens :

1° les biens de la communauté ;

2° les biens réservés de la femme ;

3° les biens propres du mari ;

4° les biens propres de la femme.

Au point de vue de l'obligation aux dettes on pourrait même diviser les biens propres de la femme en usufruit et nue-propriété. Nous allons étudier quels sont les droits des différents créanciers sur ces diverses masses de biens.

§ 1. — CRÉANCIERS DE LA FEMME

A. — Créanciers antérieurs au mariage

α) *Créances ayant date certaine*

D'après l'article 1410 C. civ., à la différence des dettes du mari qui tombent toutes en communauté (1), celles de

1. Nous estimons inutile de faire allusion aux dettes immobilières, étant donnée leur extrême rareté dans le droit actuel français.

la femme ne tombent en communauté qu'autant qu'elles ont date certaine antérieurement au mariage. Sans cette exigence il aurait été facile à la femme de contracter sans autorisation une dette après le mariage, et de faire croire en antidatant l'acte, qu'il remonte à une époque où elle n'était pas mariée, de sorte que le créancier aurait eu le droit de poursuivre les biens communs en dépit de l'absence d'autorisation maritale.

Comment s'établira la date certaine? Aucun doute n'existera lorsque les créanciers seront des créanciers civils. L'article 1410 C. civil prévoit deux cas seulement, mais on est d'accord pour décider que cet article doit être complété par l'article 1328 qui en prévoit trois : enregistrement, mort de l'une des parties; constatation de la substance dans un acte authentique dans lesquels la certitude de la date est acquise. En revanche, des difficultés peuvent s'élever lorsque la femme exerçait un commerce avant son mariage et que les créanciers commerciaux de la femme prétendent que la date de leur créance est antérieure au mariage : doit-on continuer à appliquer dans ce cas l'article 1410 C. civ. ou bien leur permettra-t-on de faire la preuve conformément à l'article 109 C. com. ? A notre avis, la réponse n'est pas douteuse, c'est l'article 109 qui, en l'espèce, devra être appliqué. En effet, on ne peut exiger des créanciers commerciaux, que, en prévision de l'éventualité d'un mariage possible de leur débitrice, ils se munissent des preuves exigées par le droit civil qui ne sont jamais demandées en droit commercial. Ils ont contracté avec un commerçant, ils n'avaient donc qu'à suivre les règles du droit commercial. C'est, du reste, l'avis de la jurisprudence qui décide que les juges doivent apprécier grâce aux circonstances et aux documents versés aux

débats (1). Il faut même admettre que la preuve testimoniale pourra suffire « si le tribunal croit pouvoir l'admettre » (art. 109 C. com.).

Les dettes tombant en communauté il en résultera que les créanciers ayant date certaine auront pour gage les biens de la femme, ceux de la communauté et ceux du mari par suite de la confusion qui s'opère pendant la durée du mariage entre les biens de la communauté et ceux du mari.

Lorsque la femme mariée tombera sous le coup de la loi de 1907, ses biens réservés seront, eux aussi, et cela sans aucun doute possible, le gage de la catégorie de créanciers que nous venons d'étudier.

β) *Créances qui n'ont pas date certaine*

Qu'arrivera-t-il aux créanciers qui n'ont pas date certaine ?

Il résulte de l'article 1410 al. 2 C. civ. que, dans ce cas, les créanciers n'auront pour gage que la nue-propriété des propres de la femme. Ce droit n'a pas varié pour les créanciers de la femme qui ne peut invoquer en sa faveur la loi de 1907. Mais il en est autrement dans le cas contraire. M. Gourju, dans l'article 5 de sa proposition, stipulait formellement que les biens réservés rentrent dans le gage de cette catégorie de créanciers. Cette stipulation n'a pas été maintenue parce qu'elle n'était pas nécessaire (2). Ce que le législateur avait voulu, en édictant l'art. 1410, c'était pro-

1. Massé, n. 2348 ; Civ., 6 juillet 1853, S. 1854. 1. 33 ; Poitiers, 26 février 1856, S. 1856. 2. 294.

2. Gourju, *J. O.*, 26 octobre 1906, *D. P.*, p. 740 ; Pichon, p. 226.

téger les droits d'administration et de jouissance du mari. Or, comme depuis 1907, ces mêmes droits sont transférés à la femme en ce qui touche les biens réservés, il n'y a plus aucune raison pour maintenir de telles exigences particulièrement rigoureuses. Celles-ci ne pouvaient se justifier que parce que le mari était un tiers, elles ne pouvaient plus s'appliquer dès l'instant où les droits de ce tiers disparaissaient et où on se trouve seulement en présence du créancier et de son débiteur. Nous déciderons donc que les biens réservés font partie du gage des créanciers antérieurs au mariage et n'ayant pas date certaine.

B. — Créanciers postérieurs au mariage

α) *Femme autorisée de mari*

1° *Obligations civiles.* — Les solutions du droit civil s'appliquent. Nous déciderons en conséquence que les créanciers civils de la femme autorisée auront action contre tous les biens de la femme réservés ou non et contre ceux de la communauté et du mari (art. 1409-2° et 1419 C. civ.).

2° *Obligations commerciales.* — Nous touchons ici à une question très controversée antérieurement à la loi de 1907 et il semble que cette loi va faire sur ce point éclore de nouvelles divergences de vues. La question qui se pose est celle-ci : dans quelle mesure et à quel titre le mari et la communauté sont-ils tenus des dettes commerciales de la femme légalement habilitée par le mari à faire le commerce ?

a) *Régime antérieur à 1907*

Il résulte de l'article 5 C. com. que la « femme, marchande publique, oblige le mari s'il y a communauté entre eux ». Ce texte n'est que l'application de l'article 1419 C. civ. au cas particulier d'une obligation commerciale, la femme est considérée comme suffisamment habilitée en ce qui touche son négoce, par l'autorisation qui lui a été donnée lors du commencement de sa profession commerciale. Il en résulte que, en s'engageant pour son commerce, elle engage son mari et la communauté.

L'accord est absolu sur ce point mais il cesse dès qu'on veut établir le fondement théorique de l'engagement du mari et de celui de la communauté.

Les diverses opinions émises peuvent être rapportées à deux systèmes différents que nous exposerons sommairement.

Dans un premier système on soutient que la communauté ne pouvant être engagée que par le mari, on doit considérer que l'autorisation de faire le commerce donnée à la femme par son mari et par conséquent de contracter pour les besoins de son commerce, créé à côté de l'engagement personnel de la femme un engagement du mari grâce soit à une sorte de mandat tacite que le mari aurait ainsi donné à sa femme, soit à une dérogation à la règle : *Qui auctor est, non se obligat.* Cela résulte, d'abord de l'ancien droit auquel le législateur n'a pas voulu déroger, ensuite de la force même des choses autrement l'article 1419 C. civ. serait inexplicable. En effet, il serait impossible de comprendre en vertu de quel droit les créanciers de la femme peuvent saisir les biens de la communauté. Au contraire,

l'explication est très simple si on admet que le mari, lui aussi, est obligé. La dérogation à la règle *qui auctor* s'explique par ce fait que la femme agit le plus souvent dans l'intérêt du mari et de la communauté. Enfin, l'intérêt des tiers impose cette solution, si on veut les protéger contre un mari qui aurait, dans le cas contraire, à sa disposition, un moyen facile de tromper et de frauder ses créanciers en faisant contracter sa femme. Il résulte donc des dispositions du Code que la femme autorisée engage en contractant les biens de son mari et par ricochet ceux de la communauté (1).

Les conséquences d'une telle opinion dans le cas particulier qui nous occupe seraient les suivantes :

1° A la dissolution de la communauté, les créanciers de la femme peuvent réclamer la totalité de la créance aussi bien au mari qu'à la femme, puisque tous les deux sont leurs débiteurs personnels.

2° Le mari est devenu commerçant. En effet, l'obligation du mari a la même cause et le même objet que celle de la femme, il était partie à l'acte, et l'obligation de sa femme étant commerciale il s'ensuit que la sienne l'est aussi.

Donc la faillite de la femme entraînera la sienne propre et il ne pourra bénéficier du concordat accordé à sa femme puisqu'il est codébiteur solidaire.

3° Enfin, son obligation étant commerciale, il pourra être poursuivi devant la juridiction consulaire (2).

1. Demante, VI, 41 *bis*; Demolombe, IV, n. 310; Duranton, XIV, n. 247; Thaller, *Rev. crit.*, p. 590. Thaller a plus tard abandonné cette opinion. Mar., 3e éd., n. 170. Agen, 9 janvier 1856, D. 1856. 2. 73; Paris, 19 juin 1869, S. 1869. 2. 261; Paris, 17 août 1872, *J. T. C.*, 1872, p. 525.

2. Paris, 17 août 1872 déjà cité; T. c. Mans, 9 août 1900; *Rec.*,

Dans le second système, on considère que la femme, étant, dans les rapports entre les époux, copropriétaire des biens communs, a le pouvoir de les engager lorsque le mari y consent et que ce consentement n'ayant pour résultat que de lever l'incapacité qui est la conséquence logique de l'autorité maritale, il ne peut, en aucune manière, faire du mari un associé ou un mandant de son épouse. Ainsi que le fait remarquer Laurent (1), « en principe celui qui autorise ne s'oblige pas... C'est la femme qui contracte, c'est elle qui est débitrice, seulement la dette étant contractée avec l'autorisation maritale, la loi la fait tomber en communauté ». C'est une conséquence du principe établi par l'article 1409 C. civ. Or, toute dette de communauté peut être poursuivie sur les biens du mari, car, pendant le mariage, les biens de la communauté et ceux du mari ne forment qu'un seul et même patrimoine pour tout ce qui touche les actes à titre onéreux (2). Les dettes commerciales de la femme peuvent donc être poursuivies contre le mari mais, contrairement au système précédent, le mari n'est tenu que parce que la communauté a été engagée par la femme.

Il découle de ce système les conséquences suivantes :

1° A la dissolution de la communauté, la femme reste

Mans, 1900. 1. 370 ; T. c. Bordeaux, 29 juillet 1903 ; Mém. Bord., 1903. 1. 257 ; T. c. Lyon, 25 mars 1904, *Gaz.* Cass. Lyon, 14 mai 1904.

1. XXVI, n. 70.

2. Baudry et Surville, I, n. 588 à 591 ; Boistel, n. 100 ; Bravard, I, p. 104 ; Lacour, p. 71 ; Laurent, XXII, n. 70 ; Lyon-Caen et Renault, I, n. 98 et 302 ; Meynial, note S. 1893. 2. 161 ; Rennes, 15 mars 1884, S. 1884. 2. 191 ; Paris, 25 janvier 1895, D. 1895 2. 230 ; T. c. St-Etienne, 25 juillet 1905, D. 1906. 5 25 ; Rouen, 21 juillet 1914, S. 1914. 2. 9.

tenue pour le tout tandis que le mari n'est tenu que pour moitié.

2° Le mari ne devient pas commerçant et la faillite de sa femme n'entraîne pas sa propre faillite. Il bénéficie du concordat accordé à son épouse.

3° Il n'est tenu que civilement à l'égard des créanciers commerciaux de sa femme car il n'est, en quelque sorte, que la caution d'une dette commerciale. Les créanciers qui voudront atteindre les deux époux, devront engager deux actions, une devant la juridiction consulaire contre la femme, l'autre devant la juridiction civile contre le mari, à moins que, arguant du principe de connexité, ils ne joignent leurs deux actions pour les faire juger par le tribunal civil (1).

Cette opinion avait triomphé dans la doctrine avant 1907, M. Thaller, le dernier opposant, s'y étant rallié en dépit de la jurisprudence contraire établie avant la promulgation du Code et du silence des travaux préparatoires. En effet, on considérait de plus en plus, la communauté comme une sorte de société entre les époux, dans laquelle les deux conjoints avaient des droits égaux. Pour des motifs d'utilité pratique, unité dans la direction, d'intérêt des tiers, de bonne administration, le mari était constitué par la loi le chef de la famille. Mais, dans certains cas particuliers, comme celui de la femme commerçante, l'autorisation maritale était considérée comme une déclaration faite par le mari aux tiers, que la femme allait exercer ses droits de copropriétaire de la communauté.

Il en résultait qu'aucune différence ne devait être faite,

1. Voir les arrêts cités à la note précédente. *Adde* T. c. St-Etienne, 28 janvier 1897 ; *Mon. jud. Lyon*, 8 août 1888.

avant 1907, entre les créanciers civils et les créanciers commerciaux de la femme quant à l'étendue de leurs droits. Ils avaient tous pour gage tous les biens du mari, de la femme et de la communauté. Mais, alors que les créanciers civils de la femme ne pouvaient agir que civilement dans tous les cas, les créanciers commerciaux pouvaient agir devant la juridiction consulaire lorsqu'ils voulaient atteindre les biens de la femme et ceux de la communauté ou du mari qui appartenaient à la maison de commerce dirigée par la femme. Par contre pour saisir les autres biens ils devaient agir devant les tribunaux civils. Ces solutions s'appliqueront encore lorsque la femme ne pourra invoquer le bénéfice de la nouvelle loi.

b) *Régime actuel*

Quelles sont les modifications apportées par la loi de 1907 à cet état de choses ?

A en croire notre éminent président de thèse, M. Valéry, il résulterait de la loi nouvelle une modification profonde des solutions auxquelles nous venons d'arriver. D'après lui, la femme commerçante qui tombe sous le coup de la nouvelle loi n'engagerait plus, dans l'exercice de son commerce, les biens de la communauté et ceux du mari. M. Valéry n'envisage, il est vrai, que le cas particulier où la femme fait le commerce avec ses biens réservés mais il ressort de la généralité des termes qu'il emploie, que la solution qu'il donne est générale et doit être étendue (1). A l'appui de son opinion, il invoque des arguments moraux et des arguments de texte.

1. Valéry, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 397. Dans le même sens Lalou, n. 72.

D'après la loi de 1907, les bénéfices du commerce de la femme rentrent dans la catégorie des biens réservés. Pendant la durée de la communauté, l'épouse en a seule l'administration et la disposition, seule elle peut les engager. A la dissolution, elle pourra les retirer sans qu'ils puissent supporter les charges des biens communs. En revanche, pendant la communauté, le mari n'a aucun droit sur eux, si ce n'est le cas spécial où ils peuvent être appelés à concourir au payement des dettes contractées dans l'intérêt du ménage et il peut les voir échapper complètement à la dissolution. Est-il juste, se demande M. Valéry, de décider que le mari sera tenu des dettes alors qu'il ne profitera pas des bénéfices ? Il est évident que la femme n'acceptera la communauté que si elle y a intérêt et elle n'y aura intérêt que lorsque l'actif qu'elle apportera sera inférieur à celui de la communauté (1). Le

1. Qu'on nous permette une démonstration algébrique. Soit R la valeur des biens réservés et C celle des biens de la communauté (défalcation faite du passif dans les deux cas). Si la femme renonce elle prend les biens réservés R et le mari lès biens communs C. Si la femme accepte, les deux masses de biens constituent une masse unique $R + C$, dont chaque époux prend la moitié $\frac{R + C}{2}$. La femme aura intérêt à renoncer lorsque la part R qu'elle touchera sera supérieure à celle $\frac{C + R}{2}$ qu'elle aurait eue si elle avait accepté $R > \frac{C + R}{2}$ ou $2R > C + R$ ou $R > C$, c'est à-dire quand la valeur des biens réservés sera supérieure à celle des biens communs. Le mari perdra alors ce qu'il aurait touché au cas d'acceptation, soit $\frac{C + R}{2}$ moins ce qu'il a touché C ce qui donne $\frac{C + R}{2} - C = \frac{R - C}{2}$ c'est-à-dire la moitié de la différence de valeur des deux patrimoines. Inversement la femme acceptera quand ce qu'elle touchera $\frac{R + C}{2}$ aura plus de valeur que ce qu'elle

mari est donc appelé à bénéficier des mauvaises chances et à voir les bonnes lui échapper. Peut-on concevoir que le législateur ait voulu ainsi aggraver la situation du mari, et n'y a-t-il pas lieu de décider que l'adage *ubi emolumentum ibi onus* doit s'appliquer?

L'argument de texte résulte de l'article 3 al. 4 de la loi de 1907. « Le mari n'est (pas) responsable... des dettes contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans les limites des droits que lui confère l'article 1er *mais sans autorisation maritale* ». Il résulte de ce texte que la femme doit avoir l'autorisation maritale pour qu'elle puisse engager la communauté et son mari, sans cette autorisation elle n'engage que les biens réservés. Quelle a été l'intention du législateur en employant ce mot ? Les travaux préparatoires sont muets sur ce point particulier. Mais il semble qu'il a eu en vue une autorisation spéciale, donnée pour l'acte lui-même, comme lors de l'article 215 C. civ. et qu'il n'a pas entendu viser le consentement prévu par l'article 4 C. com. qui a une signification bien plus large (1).

aurait touché au cas de renonciation $\frac{R+C}{2} > R$, $R + C > 2R$, $C > R$, c'est à-dire quand la valeur des biens communs sera supérieure à celle des biens réservés. Le mari perdra alors ce qu'il aurait touché au cas de renonciation C moins ce qu'il a touché

$$\frac{R+C}{2}, \text{ soit } C - \frac{C+R}{2} = \frac{2C-R+C}{2} = \frac{C-R}{2},$$

c'est-à-dire la moitié de la différence entre la valeur des deux masses. En résumé dans tous les cas, le mari est exposé à perdre la moitié de la différence des deux masses par le fait de l'acceptation ou de la renonciation de son épouse. Il n'y a que dans le cas où la masse commune a la même valeur que la masse réservée que la conduite de sa femme lui est indifférente.

1. Alors que la loi de 1907 était en préparation MM. Lyon-Caen et

L'opinion contraire prétend que la loi de 1907 n'a apporté aucune modification à l'état de choses préexistant de sorte qu'actuellement, la femme autorisée à faire le commerce et mariée sous le régime de la communauté, continue à engager les biens communs ainsi que ceux du mari (1).

On argumente, en premier lieu, de l'intention hautement affichée des auteurs de la loi qui, tous, à l'exception de M. Saleilles, ont déclaré, ainsi que nous l'avons déjà vu, qu'ils ne voulaient rien changer aux règles propres à chaque régime particulier. Cet argument n'est pas très convaincant. En matière juridique, le proverbe « L'intention vaut l'action » n'a aucune valeur. Peu importe ce que le législateur a voulu dire, ce qui est essentiel, c'est ce qu'il a dit. Il est libre de modifier ses expressions par une nouvelle intervention si elles ont un sens qui n'entrait pas dans sa pensée de leur donner, mais, jusque-là, on doit s'en tenir à ce qui a été promulgué. Nous avons déjà eu à rejeter une telle argumentation lorsque nous avons étudié ce qu'il fallait entendre par « travail commun ».

On a fait aussi valoir en faveur du système que nous exposons que, si on exonérait complètement le mari des conséquences du commerce de la femme, il serait porté à lui accorder plus facilement son autorisation lorsqu'elle voudra faire le commerce et ne serait pas aussi « prudent

Renault disaient (*Traité de dr. com.*, I, 4e éd., n. 259, note 3) : « l'exclusion de la communauté des produits du travail de la femme, si elle était admise, devrait équitablement faire écarter l'obligation de la communauté et du mari à raison des actes de la femme commerçante ».

1. Deschamps, p. 88 ; Guyon, p. 177 ; Josson, p. 188 ; Lacour, n. 115 ; Lecourtois et Surville, n. 28 ; Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n. 71 ; Pichon, p. 86 ; Thaller, p. 114.

et circonspect » qu'auparavant (1). Cet argument nous paraît contenir une injure gratuite faite au mari qui, à notre avis, se laissera guider en la circonstance, non par le fait qu'il échappera aux conséquences désastreuses du commerce de sa femme mais uniquement par l'opinion qu'il aura de sa femme, de ses qualités, de son honnêteté et par l'intérêt bien entendu de l'avenir de la famille dont il est le chef. A-t-on remarqué que les maris accordaient, avant la loi de 1907, plus facilement à leurs femmes séparées de biens l'autorisation de faire le commerce que les maris communs ?

On a dit aussi que, dans l'opinion contraire, on ne s'expliquerait pas le droit conféré par l'article 2 au mari de faire retirer à la femme les droits que lui confère la loi de 1907. Si cette argumentation était exacte, on ne voit pas pourquoi l'article 2 est conçu en termes si généraux de sorte qu'il s'applique même dans le cas de la femme séparée de biens. Du reste, le fondement de cet article n'est pas un intérêt pécuniaire à sauvegarder, il est la conséquence de la puissance maritale conférée au mari. Celui-ci, en sa qualité de chef de la famille et de tuteur légal de ses enfants, a le droit d'intervenir pour protéger la fortune qui doit un jour échoir aux descendants. Il serait même beaucoup plus autorisé à intervenir, et son intervention aurait beaucoup plus de poids auprès des tribunaux, dans le système contraire, car il ne parlerait plus au nom de ses intérêts propres mais au nom de ceux de ses enfants.

Dans ces conditions devons-nous accepter le premier système et décider que, depuis 1907, la femme commer-

1. Lacour, n. 115.

çante n'engage plus la communauté ? Non, à notre avis.

Réfutons d'abord les arguments présentés par l'opinion à laquelle nous refusons de nous rallier.

Le principe *ubi emolumentum ibi onus* ne nous paraît pas devoir être appliqué en l'espèce. En effet, il ne faut pas oublier que, si la femme a le droit de reprendre ses biens réservés, elle reste tenue des dettes y afférentes et que, pendant la communauté, les biens communs et ceux du mari ne seront tenus, dans les rapports entre les époux, que subsidiairement. Ainsi que nous le verrons, la femme renonçante devra payer à son mari une récompense intégrale. Du reste, le mari a toujours le droit de retirer son autorisation à son épouse s'il voit qu'elle fait de mauvaises affaires et que la communauté va en supporter les conséquences. La femme sera mise ainsi dans l'obligation de liquider son fonds ou de recourir à la justice qui appréciera en tout état de cause, s'il y a lieu, d'annuler le retrait du mari (1).

L'argument de texte nous paraît pouvoir être interprété en faveur des deux opinions. A notre avis, le législateur, n'ayant pas prévu la question qui nous préoccupe actuellement, a employé le terme « autorisation » qui, dans l'usage courant, a un sens très large sans songer que le langage juridique lui donnait parfois un sens plus étroit et plus précis. On peut donc ou soutenir, comme dans le premier système, que l'article 3 al. 4 veut parler d'une autorisation spéciale par opposition au consentement, ou prétendre comme dans le second que cet article se réfère au droit commun, et que, en matière commerciale pour la

1. *Infra,* page 292.

femme le droit commun fait de « consentement » un synonyme d' « autorisation » (1).

En revanche l'article 2 aurait des conséquences extraordinaires si le premier système devait être adopté. Voilà une femme commerçante qui fait de mauvaises affaires, et son mari s'aperçoit que les biens réservés de son épouse sont insuffisants pour payer ses dettes. Il intervient pour faire cesser cette situation et fait retirer à sa femme les pouvoirs qu'elle tient de la loi de 1907. Quel est le résultat? C'est qu'il augmente le gage des créanciers de la femme en leur permettant de saisir dorénavant les biens communs ainsi que ses biens propres qui auparavant n'étaient pas engagés. Pour sauver la fortune de sa femme il se ruine lui-même !

L'opinion que nous combattons aboutirait aussi à une diminution du crédit de la femme même et surtout lorsqu'elle ne fait le commerce qu'avec ses biens réservés, ce qui, pourtant, est l'hypothèse la plus favorable et dans laquelle se sont cantonnés MM. Valéry et Lalou. Supposons qu'une femme crée un commerce seulement avec son industrie, sans aucun capital quelconque. Quel sera le gage des créanciers ? En théorie la nue-propriété des propres de la femme si elle en possède, en pratique aucun. Quel cré-

1. On pourrait toutefois faire valoir que l'article 3 al. 4 ayant été introduit dans la loi d'une manière incidente et, après que le rapporteur l'eût qualifié d' « inutile » il peut paraître extraordinaire d'en inférer un semblable bouleversement du régime de la communauté. De plus, la loi de 1919 qui, ainsi que nous l'avons vu, renvoie à l'article 4 C. com. en parlant de l' « autorisation expresse » exigée pour la femme commerçante, semble démontrer la confusion qui existe dans l'esprit du législateur de sorte qu'on ne peut arguer du fait qu'il a dit « autorisation » alors qu'il aurait dû dire « autorisation et consentement ».

dit cette femme pourra espérer ? Aucun. Combien la situation est différente si les créanciers savent qu'ils peuvent compter sur les biens du mari et sur ceux de la communauté ! Le crédit de la femme en sera considérablement accru pour le plus grand bien de son négoce.

Enfin l'intérêt des créanciers eux-mêmes nous paraît devoir faire accepter cette solution : Tout tiers qui traite avec une femme mariée commerçante doit, en effet : 1° vérifier si elle est autorisée, 2° se renseigner pour savoir sous quel régime matrimonial elle est mariée et c'est tout. Si donc, un tiers traite avec une commerçante mariée sous le régime de la communauté et ne faisant le commerce qu'avec ses biens réservés peut-on lui faire grief de ne pas s'être enquis de l'origine des biens affectés au commerce de sorte que, plus tard, le mari pourra prétendre être libéré de toute obligation ? Cela ne nous paraît pas possible, d'autant plus que les tiers pour éviter une pareille mésaventure en arriveraient à exiger l'autorisation spéciale du mari pour chaque acte de commerce de sa femme, ce qui serait grandement préjudiciable aux intérêts de cette dernière.

L'opinion contraire peut aussi aboutir à des résultats paradoxaux. Ainsi que nous l'avons vu, lorsqu'il y a travail commun des époux, la femme si elle est commerçante ne peut se réclamer de la loi de 1907. Les solutions antérieures à cette loi sont donc encore applicables et le mari est engagé. On aboutit donc, dans le système que nous combattons, à ce résultat illogique : le mari commun employé de sa femme commerçante est engagé par le commerce de son épouse, et il ne l'est pas s'il occupe une situation indépendante. Singulier privilège d'un employé !

Nous déciderons donc que, en l'absence d'une disposition formelle de la loi, le droit antérieur à 1907 est main-

tenu en ce qui touche les droits des créanciers commerciaux de la femme qui pourront agir commercialement contre tous les biens réservés ou non de leur débitrice et ceux du mari ou de la communauté affectés au commerce et civilement contre ceux du mari et de la communauté non affectés à ce commerce (1).

β) *Femme autorisée de justice*

En principe, l'autorisation donnée par la justice à la femme n'ouvre pas d'action au créancier contre le mari ni contre la communauté. L'obligation reste personnelle à la femme et l'autorisation n'a pour effet que d'habiliter la femme à contracter et à rendre valable son obligation. Donc, tout créancier (2) qui aura traité avec la femme autorisée de justice ne pourra avoir action que sur les biens réservés et la nue-propriété de ses propres (3). Ce cas sera celui des femmes autorisées de justice (4) à faire le commerce.

γ) *Femme non autorisée*

1° DÉLITS

Aucun doute n'existe pour les dommages-intérêts provenant des délits commis par la femme en dehors de

1. En ce sens Douai, 1er avril 1912 D. 1913. 2. 18.

2 Nous faisons abstraction des deux cas prévus par l'article 1427 C. civ. où la femme engage la communauté et, par conséquent, le mari, bien qu'elle ne soit autorisée que de justice.

3. Lalou, n. 70 ; Pichon, p. 216 ; Thomas, p. 44.

4. Aubry et Rau, V, § 472, note 70 ; Demolombe, IV, n. 320 ; Marcadé, I, art. 220, n. 2 ; Guillouard, II, n. 849 ; Rodière et Pont, II, n. 785.

l'intérêt de son négoce. Le mari ni la communauté ne peuvent en être tenus responsables (art. 1424 C. civ.). Le créancier ne pourra saisir que les biens réservés et la nue-propriété des propres.

Mais qu'arrive-t-il lorsque le délit a été commis à l'occasion du commerce ? Un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1872 (1) a décidé que le mari n'était pas tenu car on ne pouvait trouver dans la loi aucune base à cette obligation, l'article 1383 devant être écarté puisque la femme n'est pas la préposée du mari, l'article 1384 parce qu'il ne cite pas le mari et l'article 1426 parce qu'il dit « la femme n'engage la communauté que lorsqu'elle *contracte* comme marchande publique ».

Cette opinion nous paraît devoir être repoussée, l'article 1426 doit être appliqué en l'occurrence. Le mot « contracter » n'a pas un sens aussi étroit que le prétend l'opinion contraire. Contracter a souvent dans le Code le sens de s'obliger. N'est-ce pas de l'article 1409-2° C. civ. que l'on fait découler l'obligation de la communauté pour les délits du mari, or, cet article ne dit-il pas lui aussi « contracter » ? Sans doute, le délit n'est pas, de par son essence, un acte de commerce, mais il peut le devenir en vertu de la théorie de l'accessoire et ses conséquences doivent être identiques à celles des autres actes de commerce. Nous donnerons donc pour les délits commerciaux de la femme des solutions semblables à celles que nous avons données dans le cas de ses autres obligations commerciales.

1. D. 1873. 1. 30.

2° CRÉANCIERS DE LA FEMME NON AUTORISÉE HORS DE L'INTÉRÊT DU MÉNAGE

Il résulte de l'article 3 al. 1 de la loi de 1907 une modification essentielle au droit préexistant : alors qu'antérieurement à 1907, les obligations de la femme non autorisée étaient annulables et ne permettaient pas aux créanciers de saisir un quelconque des biens de la femme, la nouvelle loi leur donne un droit de poursuite sur les biens réservés mais sur eux seulement (1).

M. Thomas (2) est d'un avis différent, il estime que la femme non autorisée engage aussi la nue-propriété de ses propres : la femme commune ayant, depuis la nouvelle loi, les droits d'une femme séparée de biens, doit être placée dans la même situation que cette dernière. Elle doit donc pouvoir engager les biens qui ne dépendent pas de la communauté.

Cette opinion nous paraît devoir être repoussée. A notre avis, la loi nouvelle n'a relevé la femme de son incapacité due à sa qualité de femme mariée qu'à l'égard de ses biens réservés. Il y a là une dérogation au droit commun qui, par conséquent, doit être interprétée restrictivement.

En fait, le cas que nous examinons se présentera rarement dans la pratique lorsqu'il s'agira d'une femme commerçante. Etant donnée la présomption de commerciabilité qui s'attache à tous ses actes, il faut supposer que cette présomption a été écartée pour se trouver dans la situation que nous envisageons.

1. Lalou, n. 49.
2. *Rev. générale droit*, 1911, p. 43.

Il nous paraît toutefois intéressant de faire remarquer l'intérêt qu'il y aura à savoir si une dette n'ayant pas date certaine est antérienre ou postérieure au mariage. Si elle est antérieure les créanciers auront des droits sur les biens réservés et sur la nue-propriété des propres ; si elle est postérieure ils ne pourront poursuivre que les biens réservés.

3° CRÉANCIERS DE LA FEMME NON AUTORISÉE AYANT CONTRACTÉ DANS L'INTÉRÊT DU MÉNAGE

Il découle par argument *a contrario* de l'article 3 al. 4 de la loi de 1907, que la femme qui agit dans l'intérêt du ménage, même sans autorisation du mari, engage les biens de la communauté ainsi que ceux du mari. S'étant personnellement obligée, elle engage aussi ses biens réservés. En est-il de même pour ses biens propres ? M. Pichon (1) est pour l'affirmative, mais il ne fournit aucune justification en faveur de son opinion. La négative, au contraire, nous paraît s'imposer, la femme ne pouvant engager ses propres, même après la loi de 1907, sans l'autorisation du mari.

Nous déciderons donc que les créanciers auront pour gage, les biens réservés de la femme, les biens du mari, ceux de la communauté, ainsi que ceux qui font partie de ces deux dernières catégories et qui ont été mis à la disposition du commerce de la femme (2).

1. P. 37.
2. En ce sens Lalou, n. 67 ; Mulotte, p 91.

§ 2. — CRÉANCIERS DU MARI

A. — Créanciers antérieurs au mariage

Conformément à l'article 1409-1° C. civ. les dettes mobilières du mari antérieures au mariage tombent dans la communauté. Il en résulte que les créanciers auront des droits tant sur les biens du mari que sur ceux de la communauté, qu'ils soient ou non affectés au commerce de la femme (1). Par contre, les biens réservés de la femme leur échapperont dans tous les cas, car, jamais, ils ne pourront prétendre que leur créance a pour cause l'intérêt du ménage étant donné que celui-ci n'existait pas lorsque l'obligation a pris naissance.

B. — Créanciers postérieurs au mariage

α) Créanciers qui ont contracté avec le mari hors de l'intérêt du ménage

Avant la loi de 1907, aucune distinction ne devait être faite entre les créanciers du mari, ils avaient tous les mêmes droits, et ces droits étaient identiques à ceux des créanciers antérieurs au mariage. La loi de 1907 distingue suivant la cause de l'engagement. Lorsque le mari ne contracte pas dans l'intérêt du ménage, les créanciers ne peuvent poursuivre que les biens du mari et ceux de la communauté ; les biens réservés de la femme qui, antérieure-

1. Lyon-Caen et Renault, I, n. 98.

ment, étaient entre les mains du mari et qui rentraient dans leur gage, leur échapperont désormais en vertu de l'article 3 al. 2 de la nouvelle loi.

β) *Créanciers ayant contracté dans l'intérêt du ménage*

La loi de 1907 n'apporte aucune modification à leurs droits. Ils continuent à avoir des droits sur les biens réservés de la femme, c'est-à-dire sur la communauté toute entière. En effet, les biens réservés « auraient dû se trouver, antérieurement à la loi de 1907, entre les mains du mari » (art. 3, al. 2).

Nous allons résumer les solutions auxquelles nous sommes arrivés dans un tableau récapitulatif. Il nous paraît utile de faire remarquer que, dans le cas où le mari aurait avancé des fonds propres ou communs à sa femme pour son exploitation commerciale, ces fonds seront tenus commercialement à l'égard des créanciers commerciaux de cette dernière alors que les autres biens propres ou communs ne seront tenus que civilement.

Ont des droits sur les :

1° Propres du mari qu'ils soient ou non engagés dans le commerce de la femme :

Créanciers du mari AM et PM.

Créanciers de la femme AM ayant DC.

Créanciers de la femme PM autorisée de mari.

Créanciers de la femme PM non autorisée dans IM.

Créanciers commerciaux de la femme.

Créanciers de la femme pour délits commerciaux.

2° Biens communs qu'ils soient ou non engagés dans le commerce de la femme :

Mêmes catégories.

3° Nue-propriété des biens de la femme :

Créanciers de la femme AM ayant DC.

Créanciers de la femme AM n'ayant pas DC.

Créanciers de la femme autorisée de mari PM.

Créanciers commerciaux de la femme.

Créanciers de la femme pour délits civils et commerciaux.

Créanciers de la femme autorisée de justice.

4° Biens réservés :

Créanciers de la femme AM ayant DC.

Créanciers de la femme AM n'ayant pas DC.

Créanciers de la femme autorisée de mari PM.

Créanciers commerciaux de la femme.

Créanciers de la femme pour délits civils et commerciaux.

Créanciers de la femme autorisée de justice.

Créanciers de la femme non autorisée dans ou hors IM.

1. AM = antérieur au mariage.
PM = postérieur au mariage.
DC = date certaine.
IM = intérêt du ménage.

CHAPITRE II

RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

Etant donné son extrême rareté, nous n'insisterons pas beaucoup sur ce régime (1). De plus, il ressort de son caractère qu'il n'est que le régime de communauté moins la communauté elle-même (2). Les règles que nous avons déjà indiquées dans le chapitre précédent s'appliqueront donc ici en partie.

Nous nous trouvons sous ce régime en présence de deux masses de biens antérieurement à 1907, de trois masses depuis la loi nouvelle : les propres du mari, les propres de la femme, les biens réservés. Mais, en principe, les créanciers de chaque époux ne peuvent saisir que ses biens et non ceux de son conjoint; toutefois, s'il y a eu confusion des mobiliers respectifs des deux conjoints, les créan-

1. En 1898, on ne signalait que 1.510 contrats de mariage l'ayant adopté, et, encore, pour les 1.287 contrats de Toulouse, Montpellier, Nîmes, Lyon et Grenoble, on peut se demander si ce ne sont pas des stipulations tendant à la constitution du régime dotal (Planiol, III, n. 1416).

2. Planiol, III, n. 1419.

ciers de l'un et de l'autre époux seront autorisés à exercer des poursuites sur tous leurs meubles.

§ 1. — CRÉANCIERS DE LA FEMME

α) *Antérieurs au mariage*

a) *Créances qui ont date certaine*

Ils pourront saisir tous les biens de la femme sans distinction et sans avoir à respecter la jouissance du mari sur les propres de la femme.

b) *Créances qui n'ont pas date certaine*

Ces créanciers ne pouvant opposer leurs créances au mari ne pourront le gêner dans son usufruit sur les propres de son épouse. Ils en seront donc réduits à saisir les biens réservés et la nue-propriété des propres de la femme.

β) *Créanciers postérieurs au mariage*

a) *Femme autorisée de mari*

Qu'ils soient civils ou commerciaux, ces créanciers auront des droits sur tous les biens de la femme, jouissance et nue-propriété mais ne pourront agir contre le mari contrairement à ce qui se passe sous le régime de communauté. Il en sera de même au cas de délit.

b) *Femme autorisée de justice*

Les créanciers ne pourront, dans ce cas, opposer leurs créances au mari, ils n'auront donc aucun droit sur la jouissance des propres de la femme mais ils conserveront leur action sur les biens réservés ainsi que sur la nue-propriété des propres.

c) *Femme non autorisée*

1° *Hors de l'intérêt du ménage.* — Antérieurement à la loi de 1907, une telle obligation était nulle et les créanciers n'avaient aucun droit. La loi de 1907 leur donne une action sur les biens réservés.

2° *Dans l'intérêt du ménage.* — La femme engagera alors les biens de son mari et, depuis la loi de 1907, ses biens réservés (art. 3, al. 4).

§ 2. — CRÉANCIERS DU MARI

Ils n'ont, en principe, aucune action contre les biens de la femme mais ils arrivent indirectement à avoir des droits sur la jouissance des biens de la femme car ils peuvent saisir les revenus qui en proviennent lorsqu'ils sont entre *les mains du mari.* Il en sera autrement en vertu de l'article 3 al. 2 lorsque le mari aura contracté dans l'intérêt du ménage. En ce cas, leur droit s'étendra sur les biens de la femme provenant de son commerce qui, antérieurement à la nouvelle loi, se trouvaient « entre les mains du mari »,

c'est-à-dire ainsi que nous l'avons vu (1) les revenus des bénéfices capitalisés. Or, étant donné que ces bénéfices capitalisés sont représentés par les biens réservés, nous déciderons que les créanciers de cette catégorie pourront saisir les revenus des biens réservés et cela *entre les mains de la femme*. En appliquant strictement la loi, il faut même décider que les créanciers peuvent agir sur la pleine propriété de la partie des biens réservés acquis avec les revenus des biens réservés déjà existants (2).

En résumé, ont des droits sur les :

1° Biens du mari :

Créanciers du mari dans ou hors IM.

Créanciers de la femme non autorisée dans IM.

2° Nue-propriété des propres de la femme :

Créanciers de la femme AM ayant ou non DC.

Créanciers de la femme PM autorisée du mari ou de justice civils ou commerciaux.

3° Revenus des propres de la femme.

Créanciers de la femme AM ayant DC civils ou commerciaux entre les mains de la femme ou du mari.

Créanciers de la femme civils ou commerciaux autorisée de mari PM entre les mains de la femme ou du mari.

Créanciers du mari AM ou PM entre les mains du mari seulement.

4° Jouissance des biens réservés ou pleine propriété de ceux qui ont été achetés avec les économies réalisées sur les revenus des biens réservés déjà existants :

1. *Supra*, p. 208.

2. En ce sens Deschamps, 104 ; Lecourtois et Surville, p. 23 ; Margat, p. 278. Contre Guyon, p. 219 qui insiste sur ce fait que l'article 3 ne vise que la pleine propriété des biens réservés, mais cette objection tombe, à notre avis, devant la généralité des termes de la loi.

Créanciers de la femme AM ayant ou non DC civils ou commerciaux.

Créanciers de la femme PM civils ou commerciaux autorisée de mari ou de justice.

Créanciers de la femme PM non autorisée dans ou hors de IM.

Créanciers du mari PM dans IM.

5° Autres biens réservés :

Seulement les trois premières catégories du 4° précédent.

Rappelons qu'au cas de confusion des mobiliers, les créanciers acquièrent un droit sur tous les meubles qu'ils appartiennent ou non à leur débiteur propre.

1. AM = antérieur au mariage.
PM = postérieur au mariage.
DC = date certaine.
IM = intérêt du ménage.

CHAPITRE III

RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS

Sous ce régime la séparation est encore plus accentuée que sous le régime précédent, les revenus des propres de la femme n'étant pas, même antérieurement à 1907, à la disposition du mari. Il existait, avant la nouvelle loi, deux patrimoines nettement distincts aussi bien en ce qui touche la propriété qu'en ce qui touche les revenus : celui du mari et celui de la femme. La loi de 1907 a introduit une division dans le patrimoine de la femme qui, dorénavant, comprend deux masses distinctes : la masse de ses biens propres et celle de ses biens réservés.

§ 1. — CRÉANCIERS DE LA FEMME

a) Créanciers antérieurs au mariage

Les créanciers de cette catégorie auront des droits sur les propres et sur les biens réservés de la femme.

β) *Créanciers postérieurs au mariage*

a) *Femme autorisée*

Qu'elle soit autorisée du mari ou de la justice, la femme engagera ses biens propres et ses biens réservés.

Il en sera de même au cas de délit.

b) *Femme non autorisée*

α) *Hors de l'intérêt du ménage.* — D'après le système de la jurisprudence les engagements de la femme non autorisée n'étaient valables, antérieurement à la loi de 1907, que lorsqu'elle avait contracté dans les limites de son administration (1).

Actuellement, dans tous les cas, elle engage ses biens réservés mais elle n'engagera ses biens propres que lorsqu'elle sera restée dans les limites que nous venons d'indiquer.

β) *Dans l'intérêt du ménage.* — La femme engagera ses biens réservés ainsi que les propres de son mari. N'engagera-t-elle pas aussi ses propres, tout au moins dans certains cas ? la question est controversée, nous l'étudierons lorsque nous traiterons des créanciers au mari dans l'intérêt du ménage.

1 Cass., 5 mai 1829, D. 1829. 1. 237, S. 1829. 1. 181 ; Cass., 7 déc. 1830, D. 1831. 1. 13.

§ 2. — CRÉANCIERS DU MARI

a) *Hors de l'intérêt du ménage*

Le mari n'engage que ses propres biens que ses obligations soient antérieures ou postérieures au mariage.

b) *Dans l'intérêt du ménage*

α) *Avant 1907*

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, il résulte des articles 1448, 1537 et 1575 C. civ. que la femme est tenue de participer aux charges du ménage. La quotité fixée n'est pas invariable et l'article 1448 prévoit lui-même que la femme supportera seule les frais lorsque le mari sera complètement ruiné. Cette contribution doit être versée entre les mains du mari et il semble que c'est lui seul qui doit en régler l'emploi (1) et qu'il en est seul responsable.

Mais qu'arrivera-t-il dans les relations avec les tiers ?

1° Aucun doute ne peut exister lorsque la femme s'est personnellement obligée. Il y a alors une dette à sa charge dont elle est tenue et qui peut être poursuivie contre tous ses biens.

2° Une controverse s'élève lorsque c'est le mari qui a traité avec les tiers ou lorsque c'est la femme qui a ainsi agi en vertu du mandat tacite.

La jurisprudence décide que, dans ce cas, si le mari reste

1. Agen, 7 mars 1870, S. 1870. 2. 233, D. 1870. 2. 131.

tenu personnellement des dépenses proprement dites du ménage, la femme peut être aussi poursuivie lorsqu'il s'agit de l'entretien ou de l'éducation des enfants (1). Cela résulte de l'article 203 C. civ. qui établit une obligation à la charge des époux sans distinction. Cette obligation étant « antérieure et supérieure à toutes les obligations », doit être sanctionnée par une « solidarité nécessaire entre les époux », de sorte que la femme est tenue de toutes les dettes contractées dans ce but, même lorsqu'elles sont antérieures à la séparation (2) et elle en est tenue pour la totalité. Il faut en déduire :

1° que les créanciers ont une action directe contre la femme et non pas seulement l'action oblique de l'article 1166 C. civ. ;

2° que les époux sont tenus solidairement envers les tiers et que la femme peut se faire autoriser par le tribunal à payer sa contribution aux mains des fournisseurs et maîtres de pension lorsque, « en fait et par exception », il est sérieusement à craindre que le mari ne détourne les fonds de leur destination (3).

Une telle doctrine nous paraît devoir être repoussée, l'article 203 C. civ. ne mentionne qu'une obligation des parents à l'égard des enfants, les tiers ne sont aucunement visés. Lorsque le mari place personnellement les enfants chez des tiers, est-ce que la femme a contracté? A-t-elle même un droit de contrôle et les tribunaux déclareraient-ils

1. Agen, 13 juillet 1849, S. 1849. 2. 367, D. 1849. 2. 168; Agen, 18 juin 1851, S. 1852. 2. 17, D. 1851. 2 228; Bordeaux, 19 juin 1888, S. 1888. 2. 132; Trib. Seine, 19 mars 1909; *Gaz. Trib.*, 31 juillet 1909.

2. Civ., 21 mai 1890, S. 1891. 1. 81, D. 1890. 1. 337.

3. Caen, 8 avril 1851, 2. 720, D. 1852. S. 1851. 2. 127; Aubry et Rau, V, § 516, note 65; Planiol, III, n. 1438.

recevable l'action de la femme contre le mari à ce sujet? Et n'en est-il pas de même lorsque c'est la femme qui agit non en son nom personnel, mais en vertu du mandat à elle conféré par son mari? En fait, la femme a rempli toutes ses obligations lorsqu'elle a versé entre les mains de son mari sa part contributoire aux frais du ménage. Les créanciers n'ont alors pour l'atteindre d'autre ressource que l'action de l'article 1166 C. civ. (1). En résumé, la femme est débitrice envers son mari qui est lui-même débiteur envers les tiers.

β) *Depuis 1907*

La loi de 1907 n'a apporté aucune lumière sur ce point. La question reste donc entière mais il résulte de l'article 3 al. 2 de la nouvelle loi que le mari n'engage pas les biens réservés lorsqu'il agit dans l'intérêt du ménage (2). Les créanciers n'auront que la ressource de l'article 1166 C. civ.

En résumé, auront des droits sur :

1° Les biens du mari :

Les créanciers de la femme non autorisée dans IM.

Créanciers du mari.

2° Les propres de la femme :

Créanciers de la femme AM.

1. Baudry et Surville, III, n. 1491.

2. Lecourtois et Surville, Margat, p. 280. Contre Perreau, p. 153 qui estime que le mari peut les engager jusqu'à concurrence de ce qui aurait dû lui être remis.

3. AM = antérieur au mariage.
PM = postérieur au mariage.
IM = intérêt du ménage.

Créanciers civils de la femme autorisée de mari ou de justice PM.

Créanciers commerciaux de la femme.

Créanciers civils de la femme non autorisée si elle a contracté dans les limites de son administration.

3° Les biens réservés :

Créanciers civils et commerciaux de la femme autorisée ou non AM et PM.

CHAPITRE IV

DU RÉGIME DOTAL

§ 1. — RÉGIME DOTAL UNIVERSEL

Sous ce régime, nous nous trouvons en présence de deux patrimoines antérieurement à 1907 : les propres du mari, les biens dotaux de la femme auxquels la loi de 1907 a adjoint la masse des biens réservés.

A. — Créanciers de la femme

1° ANTÉRIEURS AU MARIAGE

Ces créanciers conservent les droits qu'ils possédaient avant le mariage de leur débitrice. La dotalité ne les atteint pas même si elle est publiée conformément aux prescriptions de la loi. Peu importe qu'ils soient civils ou commerciaux. La seule différence qui existera entre eux touche à la preuve de l'antériorité de la date. Alors que les créanciers civils devront faire cette preuve conformément à

l'article 1320 C. civ., les créanciers commerciaux pourront invoquer l'article 108 C. com. (1). Le droit de cette catégorie de créanciers atteindra non seulement la nue-propriété des biens dotaux de la femme qu'ils pourront saisir et faire vendre mais aussi la jouissance. En effet, le droit du mari postérieur au leur ne leur est pas opposable. Lorsque la femme se constitue en dot toute sa fortune, le mari ne l'a reçue que dettes déduites, et le payement de ses créanciers ne peut constituer une éviction à l'encontre de son mari, il détermine seulement le quantum de ce qui a été constitué en dot en sorte qu'il n'a jamais pu recevoir la jouissance des biens dont le prix a servi à désintéresser les créanciers.

2° POSTÉRIEURS AU MARIAGE

Que la femme soit autorisée ou non, qu'elle contracte ou non dans l'intérêt du ménage, elle ne peut engager ses biens dotaux. Mais, depuis la loi de 1907, elle engagera ses biens réservés (2) et, lorsqu'elle traitera dans l'intérêt du ménage, elle engagera aussi les biens du mari.

B. — Créanciers du mari

Que la date de leur créance soit antérieure ou postérieure au mariage, ces créanciers auront des droits sur les biens du mari et, de plus, lorsque, après le mariage, ils auront contracté dans l'intérêt du ménage, ils auront des droits en vertu de l'article 3 al. 2 sur les revenus des biens réservés

1. Cass., 1er décembre 1830, D. 1830. 1 9.
2. Lecourtois et Surville, p. 24.

et sur les biens de cette catégorie qui proviennent des économies faites par la femme sur les revenus des biens réservés (1). Cette solution est identique à celle que nous avons adoptée au cas de régime exclusif de communauté.

En résumé, auront des droits sur (2) :

1° Les biens dotaux (nue-propriété et jouissance entre les mains de la femme) :

Créanciers de la femme AM civils ou commerciaux.

Créanciers de la femme PM au cas de délit.

2° Les biens du mari :

Créanciers du mari AM et PM.

Créanciers de la femme dans IM.

3° Les biens réservés :

Créanciers de la femme AM civils ou commerciaux.

Créanciers civils ou commerciaux de la femme PM qu'elle soit ou non autorisée.

Créanciers du mari dans IM mais seulement pour ceux qui proviennent des économies réalisées sur les revenus des biens réservés déjà existants et pour la jouissance de biens ne rentrant pas dans cette dernière catégorie.

§ 2. — RÉGIME DOTAL AVEC PARAPHERNAUX

Ce régime est une combinaison du régime dotal universel en ce qui touche les biens dotaux et du régime de séparation de biens en ce qui touche les paraphernaux.

1. Nous avons vu, en effet, *supra*, p. 218 que les biens réservés étaient saisissables dans tous les cas.

2 AM = antérieur au mariage.
PM = postérieur au mariage.
IM = intérêt du ménage.

Auront des droits sur :

1° Les biens du mari :

Créanciers de la femme dans IM.

Créanciers du mari AM et PM.

2° Les biens dotaux :

Créanciers de la femme AMCD.

Créanciers de la femme PM si délits.

3° Les biens paraphernaux :

Créanciers de la femme AM et PM si elle est autorisée de mari et de justice.

Créanciers de la femme non autorisée dans les limites de son administration.

4° Biens réservés :

Créanciers de la femme autorisée ou non dans ou hors de IM.

Les créanciers du mari dans l'intérêt du ménage n'auront aucun droit, étant donné qu'avant la loi de 1907, les bénéfices commerciaux échappaient au mari.

§ 3. — RÉGIME DOTAL AVEC SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Il suffit de reprendre en ce qui touche les biens dotaux et les paraphernaux le tableau précédent et pour les biens réservés le tableau donné à la fin du chapitre Ier sur la communauté.

CHAPITRE V

DE LA PREUVE DE LA CONSISTANCE DES BIENS RÉSERVÉS

Il se dégage de l'étude que nous venons de faire que la femme aura très souvent intérêt à prouver la qualité de ses biens réservés à l'encontre de certains de ses créanciers propres ou de créanciers de son mari et cela, même au cours de son mariage et de son exploitation commerciale. Lorsque la femme désirera traiter avec un créancier dans des conditions telles que son obligation engagera ses biens réservés elle devra aussi prouver qu'elle est capable de posséder de tels biens. Enfin, il peut arriver aussi que certains créanciers de la femme qui ont des droits sur les biens réservés désirent les faire échapper aux poursuites d'autres créanciers de la femme qui n'y auraient pas droit. Telles sont les différentes situations que nous allons examiner.

§ 1. — PREUVE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME

Le Code de commerce attribuant à la femme mariée qui fait le commerce une capacité très large, cette capacité ayant été étendue par la loi de 1907 en ce qui touche la constitu-

tion et l'administration des biens réservés, il est donc nécessaire que la femme commerçante qui traite avec les tiers puisse prouver son aptitude.

Le Code n'avait prévu aucun moyen pour prouver le droit de faire le commerce. C'était au tiers à se renseigner de manière à être à l'abri de toute mauvaise foi de la part de la femme. Pour cela, il devait se préoccuper de savoir si la femme faisait le commerce au vu et su de son mari, si ce commerce était séparé et, dans ce cas, si elle n'était pas mariée sous le régime dotal ou celui de la séparation de biens. Il était alors certain que tous les actes de la femme étaient présumés commerciaux et que, par conséquent, ils étaient valables sans l'autorisation spéciale du mari.

Quelles allaient être les conséquences de la nouvelle loi à ce sujet ? N'y aurait-il pas là une modification au droit antérieur ? Telle est la question que se sont posés les auteurs de la loi de 1907, question d'autant plus difficile à résoudre que les dispositions nouvelles intéressaient non seulement les femmes mariées qui font le commerce, mais encore toutes celles qui exercent une profession quelconque. Déjà, cette question avait beaucoup gêné les législateurs étrangers, et avait été la source de nombreux procès après la promulgation de lois semblables à celle qu'on proposait de voter (1).

1. Il faut toutefois remarquer que l'ancienne législation reste en vigueur en ce qui touche les femmes mariées commerçantes agissant dans l'intérêt de leur négoce. L'article 638 C. com. continue, du reste, à s'appliquer mais la présomption de cet article étant une présomption *juris tantum*, il y a lieu d'étudier la situation des tiers qui traitent avec une femme mariée commerçante en dehors de l'intérêt de son négoce.

Devait-on décider que l'incapacité de la femme restait la règle et la nouvelle l'exception, ou bien présumer la capacité de la femme ? Si on adoptait la première opinion, il en résultait que, pour chaque acte qu'elle voulait passer en vertu des pouvoirs que lui conférait la nouvelle loi, la femme devait prouver non seulement qu'elle exerçait une profession lucrative, mais aussi que les valeurs sur lesquelles portait l'opération faisaient partie de ses biens réservés. Si, au contraire, on se contentait de la première justification, c'est-à-dire de la preuve fournie par la femme qu'elle exerçait une profession lucrative, il en résultait qu'il y avait lieu, dans ce cas, d'établir en sa faveur une présomption d'après laquelle les biens compris dans l'opération étaient présumés biens réservés.

Ces deux tendances se firent jour au cours de l'étude du projet à la Société d'études législatives (1). Mais la première conception ne l'emporta pas. On fit valoir contre elle la difficulté de la preuve à fournir, et le gros inconvénient qu'il y aurait à faire le tiers qui traite avec la femme juge du bien ou mal fondé de cette production. Qu'arriverait-il si celui-ci, rendu circonspect par des décisions judiciaires à prévoir, exigeaient le concours à l'acte du mari, afin de mettre sa responsabilité entièrement à couvert ? Ne serait-ce pas ressusciter sous une forme déguisée, l'autorisation maritale qu'on voulait justement abolir en cette matière et contre laquelle la nouvelle loi était dirigée ?

C'est pourquoi la deuxième conception proposée par M. Saleilles fut adoptée par M. Grosjean dans son projet de loi (2) déposé à la Chambre des députés ; elle fut reprise

1. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 462.
2. *J. o*, 1905, Ch. dép. *D. P.*, annexes n. 2280, p. 441.

au Sénat par M. Legrand (1) et consacrée législativement par l'article 1 al. 4 de la loi de 1907.

Ce texte soulève de graves difficultés : il est, en effet, à remarquer que, en dépit des premiers mots : « La validité des actes ainsi faits, etc. », ce qu'il tranche ce n'est pas la question de la validité mais celle de la responsabilité des tiers. Il signifie seulement que si la justification que la femme exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari, a été faite, le tiers ne pourra être inquiété, et cela, alors même que la justification était fausse, et qu'en réalité la femme était incapable. En fait, le tiers n'est donc pas constitué juge de la réalité de cette justification. Une fois que celle-ci est fournie et paraît valable, il est complètement à couvert.

La présomption ainsi établie par l'article 1 est-elle absolue? Oui, d'après M. Bérard qui, à la Société d'études législatives (2), affirmait que les tiers ne pourraient pas être inquiétés si la justification avait été fournie alors même que la femme aurait disposé ainsi d'un de ses biens non réservés. L'acte aurait continué à être valable à charge pour la femme d'indemniser le mari ou la communauté de la perte subie par eux. La lecture de l'article 1er al. 4 semble indiquer que telle a été la volonté du législateur si on l'interprète strictement.

Il ne nous semble toutefois pas possible d'accepter cette opinion. A notre avis, le législateur n'a pas voulu promulguer une règle semblable, car cette règle aboutirait à des résultats juridiques monstrueux et saperait l'économie de tous nos régimes matrimoniaux. Si une telle interprétation

1. *J. o.*, 1907, Sénat, *D. P.*, p. 620.
2. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 455.

de l'article 1er al. 4 était exacte, il faudrait décider que, depuis 1907, la femme peut disposer, quel que soit le but poursuivi, de tous ses biens réservés ou non et même des biens mis à sa disposition par son mari ou par la communauté pour faire le commerce, et cela, sans l'autorisation de son mari, sous la condition de prouver qu'elle fait le commerce et d'indemniser le mari ou la communauté du préjudice subi. Le créancier serait alors absolument à l'abri et ne pourrait être inquiété dans aucun cas.

A notre avis des distinctions doivent être faites :

L'article 1er al. 4 doit être appliqué intégralement lorsqu'il s'agit d'un acte qui doit donner au tiers seulement un droit de gage général. Dans ce cas, le tiers est en droit d'exiger que la femme prouve qu'elle exerce le commerce, et c'est tout, l'acte sera valable, les conséquences qu'il aura dans les rapports entre époux dépendront des conventions matrimoniales et de la nature des biens.

La solution devra être identique lorsqu'il s'agira d'une aliénation mobilière. Le tiers sera toujours à l'abri. Du reste, il en était la même chose avant la loi de 1907, en vertu de l'article 2279 C. civ. La mauvaise foi de l'acquéreur, difficile à prouver, résultera du fait qu'il savait d'une manière certaine que les meubles vendus n'étaient pas réservés et que la vente n'était pas faite dans l'intérêt du négoce.

Il en sera autrement, au cas où l'aliénation portera sur un immeuble, nous déciderons que si le tiers est à l'abri de la nullité pour incapacité, il en est autrement de l'action en revendication (1).

En ce sens, on peut faire valoir qu'à la Société d'études

1. Dans le même sens Margat, p. 292.

législatives, le cas n'a pas été prévu et qu'on a toujours raisonné sur un placement de fonds ou sur un achat de valeurs (1). M. Legrand dans le texte auquel nous avons déjà fait allusion, ne parlait que d'un emploi : « Elle peut faire emploi, même sans autorisation maritale, en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières sous la seule justification qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari ».

Il en résulte donc que, lors des travaux préparatoires, le cas qui nous occupe n'a pas été prévu. Cela n'est pas surprenant, étant donné que le législateur a eu seulement en vue les femmes d'ouvriers peu susceptibles de posséder des immeubles. Nous déciderons, en conséquence, que, lorsque le mari actionnera le tiers en revendication, celui-ci n'aura aucune défense à opposer si l'immeuble est commun. Il aura toutefois un recours contre la femme. Qu'adviendra-t-il au cas où le bien est propre à la femme ? Le mari ne pourra revendiquer la propriété qui ne lui appartient pas, mais il pourra agir pour se faire attribuer l'usufruit du bien en litige.

Il nous reste à examiner quelle est la nature de la justification à fournir par la femme.

« La femme, dit l'article 1 al. 4, doit prouver qu'elle *exerce* une profession... » Il semble résulter de ce présent de l'indicatif que la présomption établie par la loi de 1907, n'existe que lorsque la femme est *actuellement* commerçante. Si elle a cessé d'exercer son commerce, le droit commun reprend ses droits et la femme doit prouver qu'elle possède des biens réservés et que le bien sur lequel porte la transaction est un de ces biens réservés.

1. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 455 et 462.

Dans le cas où elle exerce une profession elle devra, pour justifier ce fait, produire un « acte de notoriété ou tout autre moyen mentionné dans la convention ». Cette seconde formule était bien vague et bien nuageuse. Pour lui donner un sens acceptable, il fallait supposer que la femme énoncerait dans la convention les circonstances en vertu desquelles elle était en droit de se prévaloir de la loi de 1907 : elle exerce un commerce au vu et su de son mari. La loi du 19 mars 1919 lui facilite cette preuve, il suffira dorénavant à la femme de prouver qu'elle est inscrite sur les registres du commerce ou qu'elle l'a été à un moment quelconque de son mariage.

§ 2. — DE LA PREUVE A FOURNIR CONTRE LES CRÉANCIERS DU MARI ET DE LA COMMUNAUTÉ QUI N'ONT PAS TRAITÉ DANS L'INTÉRÊT DU MÉNAGE.

Dans ce paragraphe, nous examinerons seulement le cas des créanciers qui ont traité avec le mari hors de l'intérêt du ménage sous les régimes autres que celui de la séparation de biens, et de tous les créanciers du mari sous ce dernier régime, c'est-à-dire de tous les créanciers qui n'ont aucun droit sur les biens réservés, quel que soit le régime matrimonial.

Lorsqu'il résultera des conventions matrimoniales que ces créanciers n'ont aucun droit sur les propres de la femme et, qu'avant la loi de 1907, les biens réservés n'étaient pas entre les mains du mari, le droit commun s'appliquera ; la femme n'aura qu'à s'opposer aux entreprises de ces créanciers et ce sera à ces derniers de prouver que le bien appartient à leur débiteur.

Il en sera de même lorsque, antérieurement à 1907, le mari n'avait que la jouissance des biens qui, actuellement, constituent les biens réservés. La jouissance lui a été enlevée, dorénavant elle appartient à la femme qui ne peut être inquiétée.

En revanche, il en sera différemment lorsque les époux seront mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal avec société d'acquêts. Les biens réservés faisant alors, au moins théoriquement, partie de la communauté, sera-ce aux créanciers à prouver que le bien n'est pas réservé afin de faire prononcer la validité de leur saisie ou sera-t-il dévolu à la femme de prouver que le bien est réservé et que, par conséquent, la saisie doit être annulée ? L'article 4 de la loi de 1907, met la preuve à la charge de la femme, mais la production lui en est singulièrement facilitée. Elle pourra l'administrer par tous les moyens, même par témoins, seule la preuve par la commune renommée n'est pas admise. Aucun inventaire n'est prescrit.

§ 3. — DE LA PREUVE A FOURNIR CONTRE LES CRÉANCIERS DU MARI QUI ONT TRAITÉ DANS L'INTÉRÊT DU MÉNAGE

a) *Régime de communauté ou dotal avec société d'acquêts*

Ainsi que nous l'avons vu, sous ces régimes les créanciers qui ont traité avec le mari dans l'intérêt du ménage ont le droit de saisir les biens réservés. Qu'arrivera-t-il si la femme conteste la qualité de réservée du bien saisi et prétend que c'est un propre ? A notre avis, ce sera encore à la femme à prouver ce qu'elle avance. En effet, tout

acquêt est présumé bien de la communauté et la loi de 1907 n'a pas abrogé cette règle. La preuve lui en sera du reste facilitée par la production de son contrat de mariage et des inventaires des successions qui lui sont échues car, comme cette preuve à fournir doit l'être à l'encontre des créanciers du mari, nous appliquerons par analogie l'article 1499 C. civ.

b) *Régime sans communauté et dotal universel*

Sous ces régimes, la catégorie des créanciers que nous étudions, n'a de droit que sur la jouissance des biens réservés et sur la partie de ceux-ci qui proviennent des économies faites par la femme sur les revenus des autres bien réservés. Qu'arrivera-t-il si la femme prétend que le bien réservé saisi a été acquis grâce à des deniers provenant des bénéfices de son commerce et, par conséquent, ne peut être saisi ? Ici encore, nous estimons que c'est à la femme à justifier de ses dires en présence de l'impossibilité que les créanciers éprouveraient à fournir la preuve si on admettait l'opinion contraire. Mais l'article 1499 C. civ. semblant inapplicable en l'espèce, il y a lieu de décider que la femme peut employer tous les moyens en son pouvoir susceptibles de confirmer sa prétention. Ce sera alors une question de fait où le juge appréciera eu égard aux éléments de la cause.

§ 4. — DE LA PREUVE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS DE LA FEMME

Une fois habilitée à faire le commerce, la femme accomplit valablement, sans autorisation spéciale, tous les actes

qui y sont relatifs. Comme, dans le doute, ses obligations sont présumées commerciales, les créanciers peuvent poursuivre leur payement sur tout le patrimoine de leur débitrice à moins de prouver contre eux et par tous les moyens que la dette est étrangère au négoce.

Si une telle preuve est administrée, le créancier n'a des droits que sur les biens réservés; est-ce alors à lui de prouver que le bien qu'il veut saisir a été acquis avec les produits du travail de la femme, ou est-ce à ceux qui prétendent le soustraire à la saisie à prouver qu'il n'est pas réservé ? La loi n'a pas prévu cette situation.

En présence de ce silence, il nous faut appliquer les principes généraux du droit. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté ou dotal avec société d'acquêts, le bien doit être présumé commun. Ce sera donc au créancier de la femme à apporter la preuve contraire et cela par tous les moyens à son pouvoir à l'exception de la communauté renommée (situation semblable à celle de l'article 4 de la nouvelle loi).

Il en sera autrement sous les autres régimes, la preuve devra être fournie par ceux qui contestent la validité de la saisie (1).

1. Mulotte, p. 82 ; Lalou, n. 36.

TROISIÈME PARTIE

DE LA DISPARITION DE LA MAISON DE COMMERCE DIRIGÉE PAR UNE FEMME MARIÉE

La maison de commerce dirigée par une femme mariée peut cesser d'exister. Cette disparition peut avoir son origine dans des causes affectant soit la personne ou la capacité de la femme, soit la maison elle-même. Dans les premières rentreront la survenance d'une incapacité quelconque, la fin du mariage due soit au divorce auquel il faut assimiler la séparation de corps, la mort de la femme ou du mari (1). Dans les causes tenant à la maison elle-même

1. La maison de commerce peut continuer à exister mais avec une autre personne à sa tête s'il y a eu translation de la propriété à la suite de la mort de la femme ou la survenance de son incapacité et même avec toujours la femme à sa tête, mais une femme qui, par suite du divorce ou de la séparation de corps, a recouvré sa pleine capacité civile de sorte que désormais rien ne la distingue des autres commerçants.

rentreront la vente ou la mise en faillite ou en liquidation judiciaire ou enfin la liquidation pure et simple.

Dans cette partie, nous n'envisagerons que l'incapacité résultant du retrait de l'autorisation du mari, les autres cas : interdiction, internement dans un asile d'aliénés, conseil judiciaire donné à la femme etc... ne présentant, sauf en ce qui touche la liquidation, aucune particularité distinguant le cas que nous étudions du cas où la maison de commerce a à sa tête un commerçant ou une femme non mariée. De plus, le cas de liquidation du commerce et même celui de révocation ne se distinguent pas, au point de vue pécuniaire, de celui de la vente. Peu importe que la valeur du fonds soit réalisée par la femme elle-même ou par son représentant comme au cas d'interdiction, en une seule opération (comme au cas de vente) ou à la suite d'opérations successives (comme au cas de cessation de commerce avec liquidation), les conséquences seront identiques. Enfin, nous n'étudierons que les particularités provenant de la qualité et du sexe de la femme mariée commerçante nous contentant de renvoyer au droit commun lorsqu'il y aura identité de solutions.

Notre étude se divisera donc en quatre sections :

Section I. De la vente du fonds de commerce.

Section II. De la révocation de l'autorisation.

Section III. De la dissolution du mariage.

Section IV. De la faillite.

SECTION I

Vente de la maison de commerce

Au cours de son mariage, la femme mariée peut désirer cesser son exploitation commerciale soit parce que ayant réalisé des bénéfices qu'elle juge suffisants elle décide de se consacrer dorénavant et uniquement à la vie de famille, soit parce qu'elle a l'intention d'acquérir un nouveau fonds de commerce, etc. Deux questions peuvent être soulevées touchant à la capacité de disposer du fonds et au sort futur des fonds provenant de la vente.

CHAPITRE PREMIER

CAPACITÉ DE DISPOSER DU FONDS

Nous avons déjà vu en étudiant la propriété du fonds qu'il appartenait suivant les cas soit à la femme, soit à l'association *sui generis* que nous avons admise entre les époux. Il est évident que lorsque la femme est seule propriétaire du fonds elle a seule le droit d'en disposer. A notre avis, la solution doit être identique, dans tous les cas.

En effet, la vente du fonds de commerce est un acte commercial, c'est même le dernier acte de commerce comme l'achat du fonds est le premier. Peu importe que le fonds soit exploité avec des deniers provenant du mari ou de la communauté. Si ces deniers avaient été avancés par un tiers la femme serait-elle obligée de demander l'avis de ce tiers avant de procéder à l'aliénation? La négative est certaine, pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas qui nous occupe? On peut objecter que cette solution pourrait être admise lorsque les deniers ont été prêtés par le mari, mais qu'il doit en être autrement lorsqu'il y a entre les époux ce que nous avons appelé une association en participation,

Cette objection ne nous effraye pas. L'association en participation que nous estimons exister entre les époux, est essentiellement occulte, elle ne peut être opposée aux tiers qui ne peuvent l'avoir connue. Or, aux yeux des tiers, c'est la femme qui est seule qui agit, c'est donc elle seule qui peut vendre et aucune autorisation ne lui est nécessaire à cet effet.

Prenons le cas le plus favorable à la doctrine que nous combattons. Une jeune fille commerçante se marie sans contrat, le fonds tombant en communauté, ce serait le mari seul qui aurait le droit d'en disposer et cela sans même prendre l'avis de sa femme. On aboutirait ainsi à créer en faveur du mari une révocation indirecte de l'autorisation de faire le commerce qu'il aurait précédemment accordée à sa femme. Croit-on, du reste, que les tiers accepteraient de traiter avec une personne qui n'a jamais été à la tête de l'exploitation commerciale? et, si nous poussons plus loin l'hypothèse, peut-on admettre que l'acquéreur du fonds de commerce soit obligé de traiter avec le mari employé plutôt qu'avec la femme directrice? Un tel résultat nous paraît absurde, il aboutirait à restreindre la capacité de la femme mariée commerçante en lui interdisant un acte de la vie commerciale de tous les jours et cela sans aucun texte précis.

Du reste, il résulte de l'article 1[er] al. 4 de la loi de 1907 que nous avons déjà étudié qu'une telle vente sera valable à condition que la femme ait prouvé qu'elle exerce une profession séparée. Rien dans la nouvelle loi, n'oblige la femme à démontrer que les fonds qui ont servi à l'acquisition ou à l'exploitation de son commerce sont des biens réservés.

Nous déciderons donc que, quel que soit le régime matri-

monial des époux et quelle que soit l'origine des deniers qui servent à l'exploitation, la femme puise dans l'autorisation maritale de faire le commerce, le droit de procéder seule à la vente du fonds.

CHAPITRE II

DU SORT DU PRIX DE VENTE

La conclusion à laquelle nous venons d'arriver n'empêche pas le mari d'intervenir dans la vente par la femme de son fonds de commerce. En effet, à partir du moment où la vente va se conclure le mari peut avoir à sauvegarder ses droits qu'il tient non seulement de sa qualité de mari, mais aussi de sa qualité de tiers créancier. Il ne faut pas que la femme puisse disposer des fonds qui lui ont été remis et qui ne lui appartiennent pas. C'est pourquoi le mari pourra, en vertu de l'article 2 al. 2 de la loi de 1907, faire interdire par le président du tribunal civil, au tiers de passer un tel acte et, de plus, il pourra aussi, en sa qualité de créancier, faire opposition au payement du prix de vente entre les mains de son épouse.

Comment se fera le partage du prix? Le mari reprendra naturellement les fonds qui lui appartiennent ainsi que ceux de la communauté ; la femme, elle, aura le droit de disposer des fonds réservés qu'elle a mis dans le commerce. Quant aux propres de la femme, ce sera le mari qui les reprendra sous le régime de communauté à moins qu'une

clause du contrat de mariage n'en ait donné l'administration à la femme. Sous les autres régimes, ils reviendront à la femme.

Ce qui restera, défalcation faite de toutes ces reprises, représentera la plus-value du fonds. Elle sera partagée suivant les principes que nous avons déjà exposés : lorsqu'il existera un acte de prêt, le mari reprendra la part représentative des intérêts qui lui sont dus et le reste augmentera les biens réservés de la femme ; lorsqu'aucun acte semblable n'existera, il y aura lieu de faire une ventilation qui fixera la part de chacun des deux époux.

Quels seront les droits des créanciers? Il est à remarquer que seuls les créanciers commerciaux peuvent voir leurs droits modifiés. Les autres créanciers conserveront les mêmes droits qu'ils avaient précédemment

Sous le régime de communauté, les créanciers commerciaux gardent leur droit de gage sur tous les biens de la femme du mari et de la communauté. Pour eux aussi la vente du fonds n'apporte aucun changement. Il en sera de même, sous les autres régimes, lorsque la femme ne faisait le commerce qu'avec ses biens propres ou ses biens réservés. Avant comme après la vente, les créanciers auront des droits sur tout le patrimoine de leur débitrice.

Mais autre sera leur situation lorsque le mari avait des fonds dans l'exploitation commerciale de sa femme, ces fonds rentraient dans leur gage, ils ne peuvent en sortir. Il faut donc leur reconnaître le droit d'intervenir lors du partage et de se retourner, et cela par la voie commerciale, contre le mari jusqu'à concurrence des sommes qu'il a touchées.

Les règles que nous venons d'indiquer ne s'appliqueront pas au cas où un contrat formel de société lie les deux époux

si on admet, avec nous, la validité d'une telle société. La liquidation devra alors être faite conformément aux règles des sociétés et aux statuts, abstraction faite de la qualité d'époux des associés et ce n'est que pour déterminer la part qui entrera dans chaque patrimoine que l'on fera appel aux principes que nous avons formulés.

SECTION II

De la révocation de l'autorisation

Ainsi que nous l'avons vu, la femme mariée doit avoir pour être habilitée à faire le commerce, l'autorisation expresse ou tacite de son mari. Ce pouvoir d'autoriser entraîne-t-il celui de révoquer l'autorisation ? Telle est la question que nous allons étudier, puis après avoir déterminé les conditions de forme et de fonds de cette révocation, nous aurons à en déterminer les conséquences dans les rapports entre les époux et avec les tiers mais, à ce sujet, à part quelques remarques sommaires nous renverrons à ce que nous venons de dire sur la vente, la révocation entraînant pour la femme l'obligation de cesser son commerce, c'est-à-dire de vendre ou de liquider son fonds.

L'autorisation donnée par le mari à sa femme de faire le commerce implique l'idée que, à son avis, celle-ci présente sous le rapport de l'aptitude et de l'intelligence toutes les garanties nécessaires. Cette autorisation crée donc de la part du mari et vis-à-vis des tiers qui traiteront avec sa femme, une sorte d'engagement de lui laisser continuer

son exploitation commerciale, tant que la réalité ne fera pas évanouir les espérances qu'il a pu concevoir. Mais il peut arriver que ces espérances soient mal fondées : la femme s'est montrée incapable, le commerce périclite de plus en plus et la faillite commence à devenir menaçante. Il est rationnel que le mari, en sa qualité de chef de famille et, étant donné qu'une catastrophe aurait des conséquences néfastes sur les intérêts pécuniaires du foyer, intervienne alors et retire à sa femme l'autorisation qu'il lui avait donnée autrefois.

Ce retrait, qui, ainsi que nous l'avons vu, était déjà pratiqué du temps des coutumes, a été prévu lors des travaux préparatoires. A la séance du 3 janvier 1807, le prince archichancelier a dit : « Supposons que le mari veuille retirer son consentement, il est juste de ne pas lui laisser cette liberté et de ne pas lui permettre de s'opposer par caprice à ce que la femme améliore la situation des enfants communs. Qu'alors le tribunal intervienne et prononce : « Il résulte de ces paroles que la faculté de retrait a été maintenue au profit du mari sous réserve de l'intervention de la justice s'il y avait abus de pouvoir. Du reste, l'article 4 C. com. indique que telle est bien la volonté de la loi. « La femme ne *peut être* marchande publique », dit-il et non « La femme ne peut devenir marchande publique » ainsi qu'il aurait dû être rédigé si l'autorisation du mari n'avait été requise qu'au début du commerce. Ce retrait peut donc avoir lieu en tout état de cause et sans qu'aucune stipulation contraire faite même par contrat de mariage ne puisse s'y opposer (1). C'est, en effet, une conséquence de la puissance maritale et, en vertu de l'article 1388 C. civ.,

1. Bordeaux, 12 novembre 1873, S. 1873. 2. 193.

toute convention contraire au principe de cet article, quelle que soit sa date, est nulle et non avenue.

Toutefois les travaux préparatoires montrent nettement que la décision nouvelle du mari n'est pas péremptoire et que la femme a le droit de recourir devant les tribunaux. Le cas actuel diffère, en effet, du cas que nous avons examiné de la femme agissant en justice pour obtenir l'autorisation de faire du commerce, autorisation qui lui a déjà été refusée par le mari. Dans ce cas-là, il est légitime, avons-nous décidé, de permettre au mari d'invoquer sa répugnance absolue à voir sa femme quitter le foyer domestique et le cercle de ses occupations familiales, pour se lancer dans la vie publique du comptoir, et s'exposer ainsi à des poursuites judiciaires et même à la faillite, de sorte que, étant donné la qualité du mari de chef de la famille, une intervention de la justice était impossible et contraire à l'esprit de la loi. Actuellement, nous supposons que le mari a déjà donné son autorisation, aucun des motifs que nous venons d'indiquer n'a donc pu l'arrêter, s'il éprouve maintenant des appréhensions et s'il veut revenir en arrière, il ne faut pas oublier que les choses ne restent plus entières. Il y a un fait acquis en faveur de la femme qui est devenue commerçante, ainsi que des intérêts engagés, ceux des tiers qui ont traité avec elle. Il est donc naturel d'admettre que la décision du mari n'est plus sans appel et que la femme ne soit plus obligée de s'incliner sans discuter. C'est là, du reste, l'opinion unanime de la jurisprudence et de la doctrine (1). Il y a quel-

1. Seul, Pardessus, n. 62, est d'un avis contraire. Il n'accorde le recours devant la justice qu'à la femme qui est séparée (de corps) ou de biens.

ques divergences toutefois sur la qualité des éléments d'appréciation que doivent considérer les tribunaux avant de prendre une décision. Pour Orillard (1), le tribunal doit « prendre pour base les ressources du ménage et refuser d'aller contre la décision du mari si ce dernier peut seul, avec ses gains et ses revenus, pourvoir aux besoins de toute la famille ». Bédarride (2) estime que le tribunal doit envisager uniquement la situation du commerce de la femme et se décider suivant qu'elle est ou non brillante. A notre avis, il y a là purement une question de fait. On ne peut, à l'avance, prescrire au tribunal de s'appuyer sur tel ou tel élément de la cause. Il aura surtout à apprécier si les raisons données par le mari sont valables, suffisantes et parfaitement justifiées.

Quel sera l'effet du recours exercé par la femme ? Aucune difficulté si le tribunal est du même avis que le mari. En revanche, dans le cas contraire, la décision du mari étant annulée, la femme pourra continuer le commerce. Mais il est à remarquer qu'il n'y aura pas là chose jugée, le mari pourra donc reprendre son opposition chaque fois qu'il le jugera utile à condition toutefois d'articuler des faits nouveaux qui ont pris naissance depuis sa dernière tentative. La femme restant commerçante, elle aura les mêmes pouvoirs que précédemment, et les conséquences pécuniaires de ses obligations ne pourront être modifiées, elle continuera donc à engager la communauté comme précédemment.

Certains auteurs se sont demandé si, depuis la loi de 1907, la question restait entière, et si le mari n'avait pas

1. N. 170.
2. I, n. 114.

perdu le droit de révoquer l'autorisation qu'il avait octroyée. En faveur de cette opinion, ils ont fait appel à l'article 2 de la nouvelle loi (1) d'après lequel, en cas d'abus des pouvoirs qui sont conférés à la femme, le mari peut en faire prononcer le retrait par le tribunal (2).

Cette opinion, à notre avis, repose sur une confusion. Le retrait de pouvoirs prévu par l'article 2 n'existe, cet article est formel, que pour les pouvoirs qui sont conférés à la femme par l'article 1er de la nouvelle loi. Or, la femme est devenue commerçante, non pas grâce à la loi de 1907, mais grâce à l'autorisation maritale prévue par l'article 4 C. com. qui n'a nullement été modifié. Les pouvoirs qu'elle possède pour l'exercice de son commerce dérivent non de la loi de 1907 mais du Code de commerce. Le retrait de l'autorisation du mari est donc encore possible. Il y a, en fait, deux situations différentes :

1° femme mariée qui en vertu de l'autorisation maritale devient commerçante ;

2° femme commerçante qui, en vertu de la loi de 1907, acquiert des droits particuliers sur certains de ses biens.

Le retrait prévu par l'article 2 n'intéresse que ces premiers pouvoirs, il laisse subsister la qualité de commerçante. La révocation de l'autorisation, elle, n'intéresse que la qualité de commerçante et laisse subsister les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés.

Au cas où la révocation de son autorisation est maintenue, malgré le recours de la femme, celle-ci perd la qualité de commerçante. Elle redevient incapable. Il faut donc que cette révocation soit portée à la connaissance des tiers qui

1. Voir *supra*, p. 150.
2. Valéry, *An. dr. com.*, 1907, p. 397.

pourraient être amenés à traiter avec la femme qu'ils considéreraient toujours comme capable. Le Code n'a malheureusement pas prévu le genre de publication à imposer au mari, de sorte qu'en présence du silence de la loi on se trouve chaque fois devant une question de fait et que c'est aux tribunaux à apprécier si le tiers qui a traité avec la femme postérieurement au retrait de l'autorisation avait pu en avoir connaissance et devait être considéré comme étant de mauvaise foi.

Il est donc important pour le mari de publier la révocation d'une manière telle qu'aucun tiers ne puisse arguer de sa bonne foi. Plusieurs systèmes ont été proposés pour faciliter la tâche de l'époux.

M. Thaller (1) a voulu assimiler cette publication à celle que doivent faire les sociétés commerciales lors de leur constitution et il a proposé d'appliquer les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1907. Mais un arrêt de la Chambre des requêtes (2) a décidé qu'une telle publication n'était pas opposable aux tiers qui habitent un lieu où la publication n'a pas été faite.

Bédarride (3) a proposé de faire la même publication que celle qui est faite lors du retrait de l'émancipation.

Delamarre et Lepoitvin (4) et Massé (5) étendent les articles 67 et 69 C. com. relatifs à la publication de la séparation de biens.

Enfin Pardessus (6) préconise l'affichage au tribunal de commerce et l'insertion dans les journaux.

1. *Rev. crit.*, 1883, p. 41.
2. 23 janvier 1854, S. 1854. 1. 93, D. 1854. 1. 175.
3. I, n. 116.
4. I, n. 63.
5. I, n. 1117.
6. I, n. 64.

On aurait pu penser que le législateur aurait profité de la loi du 19 mars 1919 créant les registres du commerce, pour combler cette lacune. Il n'en a rien été. La loi n'a pas mentionné l'inscription de la révocation parmi les inscriptions que le greffier du tribunal doit faire. Il semble toutefois, que le greffier, pour se conformer à l'esprit de la loi, devra faire figurer cette révocation sur les registres et, dans ce cas, les tiers ne pourront arguer de leur bonne foi.

Ainsi que nous l'avons dit, la femme perd la qualité de commerçante dès la révocation. Si elle fait partie d'une société de personnes, cette société devra entrer en dissolution par suite de l'incapacité survenue dans la personne d'un de ses membres. Pour assister et participer au partage, la femme n'aura pas besoin d'être munie de l'autorisation de son mari si elle n'a engagé que des biens réservés dans l'affaire. Dans les autres cas, le droit commun reprend son empire, et le mari doit intervenir pour autoriser sa femme à accepter le partage.

Si, au contraire, la femme est seule à la tête de son commerce, elle devra ou le liquider ou le vendre. Pour la liquidation, il ne nous paraît pas utile que le mari l'assiste si la liquidation consiste dans la vente pure et simple de ses marchandises surtout si ces marcéandises sont des biens réservés. Pour la vente, en revanche, elle devra être autorisée du mari sauf dans le cas où tout le fonds est bien réservé et encore seulement lorsqu'il n'y aura aucune opposition de la part de son époux.

Quant au partage des fonds provenant de la vente ou de la liquidation, il y aura lieu d'appliquer les règles que nous avons énoncées dans la section précédente.

SECTION III

De la dissolution du mariage ou de la survenance d'une séparation de corps entre les époux

---

La dissolution du mariage ou la survenance de la séparation de corps, modifie complètement la capacité de la femme mariée commerçante qui, à partir de ce moment, cesse d'être atteinte par les restrictions apportées à ses pouvoirs par suite de sa qualité de femme mariée. Mais cette dissolution entraîne avec elle une séparation des intérêts pécuniaires des époux, séparation qui influe, du reste, sur les droits des créanciers. Nous allons examiner, sous chaque régime matrimonial, ces conséquences : (1) 1° dans les

1. Nous n'aurons pas à examiner le cas où un contrat de société formel existe entre les époux. En effet, ou malgré la séparation ou le divorce, la société continuera et aucune modification ne sera apportée dans son fonctionnement, ou la société sera dissoute ce qui arrivera, du reste, généralement au cas de mort d'un des époux, et la liquidation de la société sera faite conformément aux règles résultant des statuts ou du droit commun.

rapports entre les époux, 2° dans les rapports avec les créanciers. Nous diviserons à ce sujet l'étude du régime de la communauté en deux parties suivant que la femme accepte cette communauté ou y renonce.

Nota. — Il est à remarquer que les solutions auxquelles nous allons arriver, s'appliqueraient aussi, si les époux sans dissoudre le mariage étaient séparés de biens, à la suite d'une décision judiciaire.

CHAPITRE PREMIER

RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

Lorsque la communauté est dissoute le Code civil reconnaît à la femme le droit d'opter soit pour l'acceptation, soit pour la renonciation. La loi de 1907 a prévu les deux cas et a donné des règles différentes en ce qui touche les conséquences à l'égard des biens réservés.

§ 1. — DE L'ACCEPTATION

Cette acceptation peut être expresse, tacite ou forcée (au cas de recel) (art. 1453, 1454, 1455 C. civ.).

A. — Des conséquences de l'acceptation dans les rapports entre les époux

Il résulte du Code civil que, dans ce cas, le partage se fait par moitié, lorsque les époux n'ont pas fait de contrat ou lorsque, aucune clause de ce contrat ne prévoit de partage

inégal. D'après la loi de 1907, les biens réservés rentrent alors dans la communauté, dont, théoriquement, ils n'ont jamais cessé de faire partie. Par conséquent tous les bénéfices commerciaux deviennent communs et sont partagés par égales parts entre les deux conjoints (1).

Résumons rapidement les conséquences qui en découlent : la femme et le mari, pour se remplir de leurs reprises, peuvent alors, conformément à l'article 1471 C. civ., exercer leurs prélèvements s'il y a lieu, sur les biens communs et réservés. Si la femme a recelé ou diverti quelque bien appartenant à son pécule, elle sera privée de tout droit sur la portion qui lui revient sur ces objets. Dans le partage, il n'y aura pas lieu de tenir compte de la provenance d'un bien et la femme ne saurait revendiquer pour sa part tel ou tel objet sous prétexte qu'il faisait partie de ses biens réservés. Enfin, les valeurs réservées mises dans le lot de la femme devront être comprises dans l'évaluation de son émolument jusqu'à concurrence duquel les créanciers du mari ou ceux de la communauté pourront la poursuivre.

Une difficulté peut s'élever lorsque, entre le jour de la dissolution et celui du partage, la femme a continué son exploitation commerciale : les bénéfices qui en sont résultés doivent-ils être considérés comme communs ou comme propres (2) ?

1. M. Cauwès nous paraît avoir judicieusement qualifié cette solution lorsqu'il a écrit qu'une telle communauté est « posthume ».

2. Le problème serait identique si c'était le mari qui était commerçant. Cette période peut varier et même être très longue, par exemple, au cas de divorce, la dissolution de la communauté remonte au jour de la demande (art. 252, al 5, C. civ.), il en est de même au cas de séparation de biens (art. 1445-2, C. civ.) et, d'après la jurisprudence au cas de séparation de corps (Civ., 12 mai 1869, D. 1869. 1. 270), au

La règle universellement admise en pareil cas est celle de *fructus augent hereditatem*. Aucune difficulté ne peut être soulevée lorsque le fonds de commerce est uniquement constitué par des propres de la femme. Il est évident que, dès la dissolution du mariage, ni la communauté, ni le mari ne peuvent prétendre à aucun droit sur les revenus des biens de la femme quelle que soit leur origine.

Il en est autrement lorsque le fonds est constitué uniquement par des biens communs ou, ce qui revient au même, par des biens réservés, ces biens étant devenus communs par suite de l'acceptation. La jurisprudence décide qu'il faut examiner le rôle joué par l'époux qui a continué à gérer le commerce. S'il a agi seulement en administrateur, en cherchant uniquement à terminer les opérations déjà engagées les gains réalisés doivent entrer dans la communauté. « La masse active de la communauté ne comprend que les bénéfices réalisés par l'un des époux, depuis la dissolution jusqu'au moment du partage, que tout autant qu'ils proviennent d'opérations qui sont une suite nécessaire d'une entreprise commencée pendant la communauté » (1). Par contre, une solution différente doit être donnée lorsque l'époux a continué à agir en commerçant, c'est-à-dire a engagé de nouvelles spéculations. « Lorsqu'un fonds de commerce dépend de la communauté, les produits et les bénéfices réalisés depuis la dissolution de la communauté font partie de son actif, à moins que l'époux qui en a continué l'exploitation, ne se soit livré pour son compte personnel à des opérations toutes nouvelles ne ren-

moins dans les rapports entre époux ce qui, du reste, est le cas que nous envisageons.

1. Civ., 24 novembre 1869, D. 1870. 1. 25 ; Civ.,.29 janvier 1872, D. 1872. 1. 449.

trant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce mais exigeant des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre » (1).

Pour justifier une telle solution, la Cour de cassation s'appuie sur l'article 1401 C. civ. qui ne fait rentrer dans la communauté que les bénéfices acquis *pendant* le mariage ou *pendant* la durée de la communauté (2). Mais, afin d'éviter que l'époux commerçant s'enrichisse aux dépens de son conjoint en se servant de biens qui ne lui appartiennent pas, la Cour civile l'oblige à verser une récompense à la communauté et elle calcule cette récompense sur le taux de 5 o/o de la valeur des biens qui ont servi aux opérations envisagées (3).

En principe, cette jurisprudence nous paraît devoir être approuvée. Nous la critiquerons seulement, en ce qui touche la proportion des bénéfices qu'elle attribue à la communauté. Comme dans les cas que nous avons envisagés où, pendant le mariage, le mari met certains biens communs à la disposition de sa femme commerçante, nous déciderons dans l'état actuel et pour les mêmes raisons, que le partage de ces bénéfices doit être fait d'après une proportion à établir et non d'après un intérêt fixe.

B. — Contribution aux dettes

Du fait du partage de la communauté et des biens réservés les droits des créanciers sont modifiés. Nous rappellerons

1. Civ., 28 avril 1884, D. 1884. 1. 329.

2. Req., 19 novembre 1851, D. 1851. 1. 315 ; Paris, 21 février 1893, D. 1893. 1. 465.

3. Civ., 23 mai 1905, D. 1906. 1. 369. Ce serait actuellement 6 o/o (loi 18 avril 1918).

à ce sujet rapidement les solutions du droit civil lorsqu'elles subsistent afin de donner le caractère d'un tout complet à notre étude, en revanche nous insisterons plus particulièrement sur les cas où la qualité de commerçante de la femme peut entraîner des difficultés.

1° CRÉANCIERS DE LA FEMME

a) *Créanciers antérieurs au mariage*

Pendant le mariage les créanciers de cette catégorie dont les créances avaient date certaine avaient pour gage qu'ils fussent civils ou commerciaux les biens du mari, de la communauté et de la femme que ces derniers fussent réservés ou non. Leurs droits ne varieront pas, en ce qui touche les biens de la femme, que ces biens proviennent des anciens biens propres, des anciens biens communs et des anciens biens réservés, leur débitrice étant tenue personnellement, restera tenue pour le tout. Par contre, la communauté étant dissoute et l'actif partagé, le mari ne sera tenu que pour moitié.

Quant aux créanciers dont les créances n'avaient pas date certaine, leurs droits sont augmentés par suite de la dissolution de la communauté. La femme, étant leur débitrice personnelle, ne peut leur opposer le défaut de date certaine. En effet, jusqu'au mariage, la femme (que nous supposons majeure) était pleinement capable de s'obliger (1). Or les obligations sous-seing privé font par elles-

1. Le cas serait différent si elle était mineure, il s'agirait dans ce cas, d'examiner si la date étant supposée certaine, l'obligation avait pu être valablement contractée par elle.

mêmes foi de leur date entre les parties. Dans les rapports du créancier et de la femme, il est donc certain que l'écrit a été signé par celle-ci au jour de sa date, c'est-à-dire au temps de sa capacité.

Il en résulte que le jour où la communauté étant dissoute, ses droits sur le patrimoine de la femme disparaissent, le créancier recouvre sa liberté d'action pleine et entière et il peut dorénavant s'attaquer à tous les biens de sa débitrice à moins que celle-ci ne parvienne à prouver l'antidate de l'acte et à opposer l'absence d'autorisation.

A l'égard du mari, ces créanciers auront des droits jusqu'à concurrence des biens réservés mis dans son lot d'une manière que nous étudierons plus loin.

b) *Créanciers postérieurs au mariage*

α) *Femme autorisée du mari*

Ces créanciers pourront poursuivre la femme qui est leur débitrice personnelle sur tous ses biens et pour la totalité de la créance. En revanche, ils ne pourront agir que pour moitié contre le mari. De plus, les créanciers commerciaux de la femme devront agir devant les tribunaux civils s'ils veulent se retourner contre le mari.

β) *Femme autorisée de justice et délits civils*

La femme sera tenue pour le tout car elle est personnellement débitrice et l'article 2092 C. civ. doit être appliqué. Il importe peu, en effet, que la dette soit ou non tombée

1. Planiol, III, n. 1084.

en communauté ; cette circonstance n'intéresse que l'autre conjoint et ne modifie en rien les rapports de l'époux débiteur avec ses créanciers. Le mari ne sera pas tenu personnellement, mais il pourra être tenu dans des conditions que nous aurons à déterminer si d'anciens biens réservés de sa femme ont été mis dans son lot.

γ) *Femme non autorisée dans l'intérêt du ménage*

Avant la loi de 1907, la femme était, dans ce cas, considérée comme investie d'un mandat tacite l'habilitant à engager la communauté. Après l'acceptation de la femme, les biens réservés s'étant confondus avec la communauté, il en résulte que les créanciers de cette catégorie verront leur créance se conserver pour le total contre le mari (mandant tacite de la femme) et, de plus, ils pourront poursuivre celle-ci pour la moitié puisque, prenant la moitié de l'actif commun, elle doit participer dans la même proportion au passif.

δ) *Femme non autorisée hors de l'intérêt du ménage*

Ces dette, n'engageant que les biens réservés tombent en communauté, la question qui se pose est alors de savoir jusques à quelles limites la femme et le mari seront engagés. Cette question sera, du reste, identique en ce qui touche le mari dans les deux cas que nous avons réservés : créanciers antérieurs au mariage et dont les créances n'ont pas date certaine ; créanciers de la femme autorisée de justice (1).

1. Nous les désignerons sous la qualification générique de créanciers non autorisés.

Quant à la femme, nous avons déjà décidé qu'elle ne pouvait être tenue sur tous ses biens. La solution contraire aboutirait à permettre à la femme d'engager son entier patrimoine sans l'autorisation maritale puisque les créanciers n'auraient qu'à attendre la fin du mariage pour voir augmenter leur gage. Par dérogation à l'article 2093 C. civ., nous avons décidé que la femme avait le droit d'opposer la nullité de l'obligation lorsque les créanciers chercheront à atteindre un bien non réservé. Mais, lors de l'acceptation, une modification dans ces droits se produira. En effet, une certaine partie des biens réservés, la totalité, peut-être, sera mise dans le lot du mari. Nous aurons alors à déterminer les droits des créanciers contre le mari mais la femme n'en reste pas moins leur débitrice personnelle jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens réservés. Peu importe que ces biens ne se retrouvent plus en nature dans son nouveau patrimoine, une autre décision faciliterait trop la fraude s'il suffisait qu'aucun bien réservé ne fut mis dans son lot pour que la femme soit déchargée de toute obligation à l'égard de ses créanciers. Nous déciderons donc que, quelle que soit la composition du patrimoine actuel de la femme et quel qu'ait été le sort des biens réservés, la femme reste tenue jusqu'à concurrence de la valeur des biens réservés qu'elle possédait lors de la dissolution de la communauté.

Il en est différemment pour le mari. Il n'est pas débiteur personnel. Mais ne peut-on prétendre que les biens réservés étant tombés en communauté, celle-ci doit supporter l'actif comme le passif de cette masse spéciale, de sorte que le mari doit être tenu jusqu'à concurrence de moitié? Cette solution, à notre avis, doit être repoussée. En effet, pendant la durée de la communauté, il n'existe

aucun pouvoir du mari sur les biens réservés, par contre la femme n'a pu engager les biens de la communauté qu'avec l'autorisation du mari, et lorsqu'elle s'est obligée sans autorisation, elle a engagé seulement son pécule. Maintenant que le mariage est dissous, elle apporte ses biens à la communauté afin de les faire rentrer dans la masse à partager, n'est-il pas juste que la communauté puisse lui dire : j'accepte vos biens et vos dettes mais je ne payerai ces dernières que jusqu'à concurrence de la valeur des biens que vous m'apportez. Si, du reste, il en était autrement, la femme aurait à sa disposition, un moyen de s'enrichir aux dépens de la communauté puisqu'elle pourrait lui faire payer ses dettes propres en l'engageant indirectement sans avoir besoin de l'autorisation du mari. Il nous semble donc équitable d'admettre en faveur du mari un bénéfice semblable à celui que l'article 1483 C. civ. crée en faveur de la femme acceptante. Ce bénéfice qui, au fond, n'en est pas un puisqu'il est « la pure et simple application du régime » (1) n'est que la conséquence de ce principe d'équité « Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (2). Cette extension de l'article 1483 nous paraît d'autant plus s'imposer que la loi accorde ce droit à la femme quoique elle ait eu le temps de réfléchir, de se renseigner et même de refuser alors que le mari est lié, dans le cas qui nous occupe, par le choix de la femme et ne peut rien faire pour échapper à son sort.

Nous déciderons donc que la communauté ne peut être tenue que jusqu'à concurrence de la valeur des biens réservés pour les dettes qui ne rentrent en communauté que

1. Planiol, III, n. 1362.
2. En ce sens Margat, p. 259 ; Guyon, p. 193.

parce qu'elles grèvent cette masse de biens. Le mari sera tenu pour la moitié de cette valeur.

Faut-il exiger comme dans le cas de l'article 1483 C. civ. que le mari pour pouvoir opposer son bénéfice aux créanciers, ait dressé un inventaire ? M. Guyon (1) estime que non, parce que, dit-il, le mari n'invoque aucun texte spécial mais seulement les principes généraux d'équité. Une telle solution ne nous paraît pas acceptable, le mari invoque, en effet, une faveur, une sorte de bénéfice, il doit donc puisqu'il est appelé à rendre des comptes aux créanciers de sa femme, avoir en mains une pièce qui leur est opposable et qui ne peut être qu'un inventaire approuvé par sa femme.

Mais, du fait, que les créanciers non autorisés ont un gage en valeur sur les biens du mari, ce gage porte sur tout son patrimoine et il peut être poursuivi même sur ses biens propres. En effet, le mari devient alors débiteur personnel jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Le problème se complique lorsque d'autres dettes de la femme sont tombées en communauté et peuvent être poursuivies pour la moitié contre le mari. En effet, les créanciers possesseurs de telles créances ont, eux aussi, des droits sur les biens réservés, de plus, les créanciers personnels du mari qui sont aussi ceux de la communauté ont un droit de gage général sur tout le patrimoine de leur débiteur. Or, il serait contraire à l'esprit de la loi, de permettre aux créanciers non autorisés, de se faire payer uniquement et par préférence sur la moitié de la valeur des biens réservés, ce serait créer à leur profit un privilège sans texte. Le mari ne sera donc plus tenu à l'égard des

1. P. 193.

créanciers non autorisés lorsqu'il aura payé des créanciers quelconques de la communauté pour une somme représentant la moitié de la valeur des biens réservés. Il n'était obligé à l'égard des premiers que pour une certaine somme sur laquelle ils ne jouissaient d'aucun privilège vis-à-vis des autres créanciers. Or, cette valeur ne se trouvant plus dans son patrimoine puisqu'il s'en est servi pour payer d'autres créanciers, il n'est plus tenu et est complètement libéré. Les créanciers non autorisés de la femme n'ont d'autre ressource que de provoquer une distribution par contribution (1).

Quels sont les biens qui constituent cette masse de biens réservés ?

Y rentreront tout d'abord les biens réservés proprement dits : meubles et immeubles. Il faudra y ajouter les récompenses dues par le mari ou par la femme à cette masse, dans les conditions étudiées plus loin. Il semble même qu'il faille y faire entrer les récompenses dues par la communauté. En effet, quoique, dorénavant, les biens réservés fassent partie de la communauté et se confondent avec les autres biens communs, cette assimilation n'est pas absolument complète et ne se produit pas entièrement ainsi que nous venons de le voir à l'égard des créanciers non autorisés.

Leur valeur sera calculée au jour du partage conformément à la décision de la jurisprudence dans le cas de bénéfice d'émolument de la femme ; car le mari s'enrichit de tout ce qui est mis dans son lot (2).

1. Dans le même sens Guyon, p. 193.
2. Paris, 24 avril 1858, D. 1858. 2. 477, S. 1858. 2. 159.

c) *Annulation de l'acceptation*

Les créanciers de la femme pourront-ils demander l'annulation de l'acceptation ? L'affirmative nous paraît devoir être admise en présence de la généralité des termes de l'article 1167 C. civ. L'acceptation, en obligeant ces créanciers à subir le concours de ceux de la communauté et de ceux du mari, peut leur nuire, il faut donc qu'ils puissent y remédier s'il y a eu fraude de la part de leur débitrice (1). Depuis 1907, cette situation s'impose encore plus en ce qui touche les créanciers non autorisés.

2° CRÉANCIERS DU MARI

Toutes les dettes du mari tombées en communauté qu'elles soient contractées dans ou hors de l'intérêt du ménage, pourront être poursuivies pour le tout contre le mari et pour moitié contre la femme qui cependant aura toujours conformément au droit commun le droit d'opposer le bénéfice d'émolument.

C. — Des récompenses

A la suite de la dissolution de la communauté et de l'acceptation de la femme les biens réservés étant rentrés dans la communauté, le droit antérieur à 1907 sera maintenu à l'exception toutefois de petites modifications.

1. Aubry et Rau, V, § 507, note 211 ; Laurent, XXII, n. 391 ; Rodière et Pont, n. 1057.

1er *cas.* — Des dettes payées par le mari.

Le droit antérieur n'est pas modifié et le mari aura droit à récompense de la part de la femme lorsqu'il aura payé une dette de ses propres, de la part de la communauté lorsqu'il a payé une dette commune. Mais, il est à remarquer que les biens réservés rentrant dans la communauté, le mari sera récompensé par la communauté s'il a payé une dette du pécule réservé.

2e *cas.* — Des dettes payées par la femme avec ses biens propres.

La femme aura droit à récompense lorsqu'elle aura payé une dette du mari ou de la communauté. Mais, par suite de la confusion qui se produit entre les biens communs proprement dits et les biens réservés, il en sera de même lorsque, avec ses propres, elle a payé une dette du pécule réservé.

3e *cas.* — Des dettes payées par la communauté formée par la réunion des biens communs proprement dits avec les biens réservés.

Le droit antérieur à 1907 n'est pas modifié et la communauté aura droit à récompense si elle a payé une dette du mari ou une dette propre de la femme. Quant aux dettes des biens réservés elles tombent dans la communauté, de sorte que la communauté doit les payer sans avoir droit à aucune récompense, mais, ainsi que nous l'avons vu, la communauté n'est tenue que jusqu'à concurrence de la valeur du pécule réservé. Il en résulte qu'elle aura le droit de refuser de payer tout créancier qui se présentera après que la valeur des biens réservés aura été épuisée et que, si elle paye au-delà de cette valeur, elle aura un recours contre la femme mais, seulement, pour la différence entre

ce qu'elle a payé et la valeur des biens réservés (1). Mais, pour le calcul de cette valeur, il faut considérer les biens réservés comme une masse distincte et y faire entrer, non seulement tous les biens qui actuellement en font partie, mais aussi toutes les récompenses auxquelles elle a droit. Il est donc nécessaire de mettre dans l'actif, en plus des biens actuels, la valeur de toutes les dettes payées par le pécule réservé en faveur des propres du mari, des biens communs et des propres de la femme, et, dans le passif tout ce que le pécule réservé doit aux trois masses de biens que nous venons d'énumérer.

§ 2. — DE LA RENONCIATION

Avant la loi de 1907, la femme renonçante perdait tout droit sur l'actif de la communauté, elle ne participait plus au passif. Les bénéfices qu'elle avait pu retirer de son exploitation commerciale étaient donc pris par le mari qui restait seul tenu des dettes y afférentes.

La loi de 1907 a apporté une grande modification à cet état de choses. Désormais, la femme et ses héritiers en ligne directe, pourront reprendre, même au cas de renonciation, tous les biens réservés libres de toutes charges de la communauté mais grevés de leur passif propre (art. 5 al. 2 et 3).

Cette conception n'est pas apparue dès le début de la préparation de la loi. Elle n'existait ni dans la proposition Jourdan, ni dans celle de M. Goirand, ni dans le texte voté par la Chambre des députés. Au contraire, elle figurait dans la proposition Grosjean à la Chambre (art. 7), et dans

1. Boussus, p. 124 ; Pichon, p. 218 ; Thomas, n. 44.

celle de M. Gourju au Sénat (art 7). Déjà la loi genevoise du 7 novembre art. 4 édictait que « à la dissolution du mariage, le mari et ses héritiers pourront exiger que les biens personnels de la femme acquis conformément à l'article 1er de la présente loi, soient rapportés à la communauté. Si la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté, ils ne seront pas soumis à cette obligation ».

M. Tissier avait proposé, lors de la discussion à la Société d'études législatives, l'introduction dans le projet de loi d'une mesure analogue. Il faisait valoir qu'au cas où une telle disposition ne serait pas adoptée, on aboutirait à des résultats choquants : la femme serait maîtresse de ses bénéfices tant qu'elle restait soumise à l'autorité maritale, tandis qu'elle les perdrait lorsqu'elle retrouverait toute sa capacité. Cette raison a paru suffisante et l'article 5 al. 2 et 3 a été adopté par le Parlement sans aucune discussion.

A. — Des conséquences de la renonciation dans les rapports entre les époux

Par suite de la renonciation, la femme perd tout droit sur les biens de la communauté et le mari perd tout droit sur les biens réservés qui sont ainsi séparés de la communauté dont théoriquement ils n'ont jamais cessé de faire partie.

La clause qui reconnaît à la femme cette faculté de retrait a été souvent rapprochée de la clause d'apport prévu par l'article 1514 C. civ. Il est évident qu'une certaine analogie existe entre ces deux décisions de la loi, mais ce

1. *B. S. E. L.*, 1901-02, p. 120 et 463.

n'est qu'une analogie et de nombreuses et importantes conséquences les différencient.

Dans le cas de la clause d'apport, la femme se présente comme créancière, dans le cas de renonciation elle est propriétaire. Elle n'est jamais tenue des dettes du mari dans le premier cas tandis qu'elle peut être poursuivie sur ses biens réservés pour les dettes du mari contractées dans l'intérêt du ménage dans le second. Tandis que la clause d'apport peut être stipulée au profit de tous les héritiers de la femme, il en est autrement de la reprise des biens réservés qui n'existe qu'au profit des héritiers en ligne directe. Enfin la clause d'apport doit être stipulée, elle résulte d'une clause du contrat de mariage alors que la reprise en cas de renonciation découle de la loi et existe même si le contrat de mariage contient une clause formelle en sens contraire.

Cette disposition de la loi conçue dans un esprit favorable à la femme, est arrivée à rendre la position de la femme commerçante supérieure à celle de son mari. En effet, dorénavant, il dépendra de la femme non seulement d'échapper grâce à la renonciation aux dettes communes, mais encore de bénéficier des gains du mari grâce à l'acceptation alors que le mari, quelque parti que prenne sa femme, supportera toujours le passif commun au moins jusqu'à concurrence de la moitié et, de plus, risquera de ne pas profiter des gains de la femme si celle-ci renonce. Le régime de la communauté devient donc injuste pour les hommes mariés. Autrefois s'ils risquaient de beaucoup y perdre, du moins pouvaient-ils beaucoup y gagner. La loi nouvelle diminue leurs chances de gains sans diminuer leurs risques de perte.

B. — Contribution aux dettes

En vertu de l'article 1494 C. civ., la femme renonçante est affranchie de tout le passif de la communauté. Elle ne peut donc être poursuivie pour les dettes du mari et de la communauté. Quant à ses propres dettes, elle en reste tenue, étant débitrice personnelle, mais elle a droit à une récompense lorsque la dette payée était purement et simplement tombée en communauté, et elle n'y a aucun droit lorsque la dette payée n'était tombée dans la communauté qu'à charge de récompense.

La loi de 1907 a apporté un certain nombre de modifications à l'application de ces principes.

I. — Créanciers de la femme

α) *Antérieurs au mariage*

Ces créanciers, lorsque leurs créances auront date certaine, peuvent agir contre le mari, la communauté ou la femme. Ils conserveront leurs droits après la renonciation contre le mari propriétaire actuel de la communauté, contre la femme qui reste leur débitrice personnelle.

Par contre, ceux dont les créances n'ont pas date certaine continuent à ne pouvoir poursuivre que la femme, mais, comme dans le cas d'acceptation, ils ont, après la renonciation, un droit sur tous les biens de la femme réservés ou propres, jouissance ou nue-propriété. Leur gage est donc accru.

β) *Postérieurs au mariage*

a) *Femme autorisée de mari*

1° CRÉANCIERS CIVILS

La femme sera tenue dans tous les cas, mais elle n'aura droit à récompense que si la dette était purement et simplement tombée dans la communauté.

2° CRÉANCIERS COMMERCIAUX

La loi de 1907 soulève un délicat problème dans l'interprétation que nous en avons donnée.

Si, en effet, on estime que les créanciers commerciaux de la femme n'ont, pendant le mariage, aucun droit contre le mari ou la communauté, *a fortiori* il en est de même après la renonciation. C'est, du reste, là un des arguments invoqués contre le système que nous avons défendu auquel on reproche de laisser, après la renonciation, les dettes au mari alors que la femme reprend tous les bénéfices.

Il ne nous paraît pas que cette objection présente une grande valeur parce que, même dans le système que nous avons adopté, on doit arriver à des conclusions identiques. En effet, il résulte de l'article 5 al. 2 de la nouvelle loi, que la femme ne reprendra ses biens réservés que « francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage ». Elle devra même rembourser à la communauté ses dettes personnelles qui auraient été acquittées à l'aide des biens communs. Or, les dettes commerciales de la femme ne rentrent-elles pas dans ce cas?

Après la renonciation les créanciers commerciaux perdront donc tout droit sur les biens du mari et ceux de la communauté et ils n'auront de recours que contre la femme. Il y aura toutefois, une exception lorsque, pendant le mariage, le mari aura mis un certain nombre de biens communs à la disposition de son épouse. Lorsque, après la renonciation, il reprendra ces biens, une ventilation du passif devra être faite proportionnellement à la valeur des biens repris par la femme et des biens repris par le mari. Celui-ci sera alors débiteur de la partie du passif correspondante à sa part d'actif et les créanciers commerciaux de la femme pourront le poursuivre sur tous ces biens jusqu'à concurrence de sa dette.

b) *Femme autorisée de justice*

L'article 2092 C. civ. doit être appliqué, et on doit décider que les créanciers de la femme autorisée de justice recouvrent leurs droits sur la jouissance des propres de leur débitrice.

c) *Femme non autorisée dans l'intérêt du ménage*

Les créanciers de la femme non autorisée qui a contracté dans l'intérêt du ménage, pourront toujours poursuivre la femme mais seulement sur ses biens réservés.

d) *Femme non autorisée hors de l'intérêt du ménage*

Aucun changement ne sera apporté, dans ce cas, à la situation antérieure à la dissolution de la communauté et

les créanciers continueront à n'avoir de droits que sur les anciens biens réservés. La femme aura toujours le droit d'opposer le défaut d'autorisation aux créanciers de cette catégorie qui voudraient saisir un bien non réservé sauf s'il y a eu confirmation expresse ou tacite.

II. — Créanciers du mari

Les créanciers du mari n'auront, en principe, aucun droit contre la femme. Seuls, ceux d'entre eux qui ont traité avec lui dans l'intérêt du ménage, continueront à pouvoir poursuivre la femme mais seulement sur ses biens réservés.

III. — Annulation de la renonciation

En présence des termes formels de l'article 1464 C. civ., il n'y a aucun doute quant au droit que possèdent les créanciers de la femme de demander l'annulation de la renonciation quand elle a été faite en fraude de leurs droits.

C. — Des récompenses

Par suite de la renonciation, les quatre masses de biens que nous avons distingués dans la communauté n'en forment plus que deux. Il y a eu confusion entre les biens réservés et les propres de la femme et entre les biens communs et les propres du mari. Il s'ensuit que la question de récompense ne se pose que dans les rapports entre le patrimoine actuel du mari et celui de la femme.

1° CAS OU LE MARI A DROIT A RÉCOMPENSE

En principe, le mari aura droit à récompense, toutes les fois qu'il aura payé une dette de sa femme. Ce principe s'appliquera lorsque la dette payée était une dette des biens propres ou une dette des biens réservés contractée en dehors de l'intérêt du ménage.

2° CAS OU LA FEMME A DROIT A RÉCOMPENSE

Le même principe devra être appliqué. La femme aura droit à récompense toutes les fois qu'elle aura payé tant avec ses propres qu'avec ses biens réservés, une dette du mari ou de la communauté exception faite du cas où le mari a contracté dans l'intérêt du ménage (1).

3° UN DES ÉPOUX A CONTRACTÉ DANS L'INTÉTÊT DU MÉNAGE

Il peut arriver que la dette contractée par un des époux dans l'intérêt du ménage aura été acquittée par son conjoint ; si c'est le mari, il l'aura fait avec un de ses biens quelconques, si c'est la femme, avec un bien réservé. Une récompense sera-t-elle due ? A notre avis, la négative s'impose ; en effet, si, pendant le mariage, les biens réservés et les biens communs ont constitué deux masses distinctes, il est de l'intention du législateur de les considérer comme n'en formant qu'une seule lorsqu'il s'agit de l'intérêt du ménage. Que le fondement de cette idée doive être recherchée, comme le prétend M. Violette (1), dans une confirma-

1. Boussus, p. 124 ; Pichon, p. 218 ; Thomas, p. 44.
1. D. 1907. 4. 150.

tion législative de la théorie jurisprudentielle du mandat tacite étendue au mari mandataire de sa femme lorsqu'il agit dans l'intérêt du ménage, ou dans ce fait que, pendant le mariage, les deux époux ont, dans certains cas, le droit d'engager toute la communauté et cela, à un titre égal, peu importe ! la solution est identique. La communauté toute entière étant engagée, les créanciers peuvent agir contre chacun des époux qui en possède une pareille et celui qui a payé ne peut se retourner contre son conjoint (1). La récompense ne peut être due que dans un cas particulier, c'est celui dans lequel la femme est actionnée par un créancier du mari, alors qu'elle a déjà employé tous ses biens réservés pour payer les dettes dont ils étaient grevés, elle aura alors, si elle paye, un recours contre son mari.

Nota. — Il nous paraît intéressant de rapprocher dans deux cas les solutions que nous avons données suivant que la femme a accepté ou renoncé afin de montrer quelques conséquences curieuses de la loi de 1907 :

Lorsque la femme paye avec ses biens réservés une de ses dettes propres, elle ne doit aucune récompense au cas de renonciation, au contraire, si elle accepte elle doit rembourser la communauté ;

Réciproquement si la femme paye avec ses propres une dette réservée elle n'aura droit à récompense qu'au cas d'acceptation ;

Enfin si elle paye avec ses biens réservés une dette de la communauté elle n'a droit à récompense qu'au cas d'acceptation.

1. Chéron, p. 775 ; Colin et Legrand, p. 172, note 1 ; Lalou, p. 74 ; Lecourtois et Surville, p. 39 ; Pichon, p. 220 ; Lannion, 8 février 1910, D. 1910. 4. 287.

2. Paris, 7 décembre 1907, D. 1909. 2. 129, D. 1908. 2. 209.

CHAPITRE II

DES AUTRES RÉGIMES

Sous les régimes autres que le régime de communauté la dissolution du mariage entraîne des difficultés beaucoup moins grandes et moins nombreuses étant donnée la séparation de pouvoirs qui, pendant le mariage, existe entre les époux. Toutefois depuis la loi de 1907, des questions délicates peuvent se poser.

§ 1. — RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

Par suite de la séparation de dettes qui existe entre les époux, chacun d'eux reste seul responsable à l'égard de ses créanciers propres. Les créanciers commerciaux conserveront donc leur gage sur tout le patrimoine de la femme et n'auront aucun droit contre le mari.

Mais, alors qu'avant 1907, la part contributive de la femme aux charges du ménage était fixée par la loi d'une façon forfaitaire aux revenus de ses biens propres elle doit, d'après l'article 7 de la loi nouvelle, être proportionnelle

à ses facultés. Elle aura donc droit à récompense si elle a payé au delà de ses facultés ce qui aura pu arriver si elle a été poursuivie par un des créanciers du mari ayant contracté dans l'intérêt du ménage (1).

§ 2. — SÉPARATION DE BIENS

Comme dans le cas précédent, chacun des époux séparé reste, après la dissolution du mariage, responsable de toutes ses dettes. Mais la femme ne pouvant être engagée par le mari dans l'intérêt du ménage, ne pourra être poursuivie dans ce cas par les créanciers de son époux. Si on admet le système de la jurisprudence qui accorde aux créanciers du mari pour l'entretien et l'éducation des enfants une action directe contre la femme, il faut cependant lui reconnaître un droit à récompense lorsqu'elle aura payé une part supérieure à celle qu'elle aurait dû donner.

§ 3. — RÉGIME DOTAL

Les solutions seront identiques à celles que nous avons données pour le régime sans communauté au cas de régime dotal universel, pour celui de séparation de biens au cas de régime dotal avec paraphernaux et pour celui de communauté au cas de régime dotal avec société d'acquêts.

1. Ce sera donc une question de fait soumise à l'appréciation du tribunal. En ce sens Margat, p. 279 ; Mulotte, p. 77.

CHAPITRE III

PREUVE DE LA CONSISTANCE DES BIENS RÉSERVÉS A L'ENCONTRE DU MARI OU DE SES CRÉANCIERS

Un conflit entre la femme et le mari sur la consistance des biens réservés peut être soulevée soit pendant le mariage lorsque la femme réclamera au mari des biens qu'elle prétendra être réservés, alors que celui-ci soutiendra qu'ils sont communs, dotaux, ou propres de la femme mais soumis à sa jouissance, soit et surtout lors de la dissolution de la communauté lorsque la femme renonçante voudra reprendre certains biens dont la qualité sera controversée et, enfin, quel que soit le régime, lorsque certaines questions de récompense seront en jeu.

L'article 4 de la loi de 1907 met formellement la preuve de la provenance à la charge de la femme. Cela est naturel, la femme réclamant une loi qui lui est favorable et qui constitue une exception au droit commun. Mais, ce point acquis, la loi déroge à l'article 1328 C. civ. en faveur de la femme, en lui permettant d'user de tous les moyens de

preuve admis par le droit civil à l'exception de la commune renommée et cela quelle que soit la valeur de l'objet en litige (1).

1. Trib. Seine, 20 décembre 1909, D. 1910. 2. 281.

SECTION IV

De la faillite de la femme mariée commerçante

Dans cette étude, nous nous occuperons seulement des modifications apportées aux règles ordinaires de la faillite par la qualité de femme mariée, de commerçante faillie. Toutefois, afin de présenter un tout complet et logique, nous rappellerons d'une manière aussi succincte et brève que possible les diverses règles applicables dans tous les cas.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OUVERTURE DE LA FAILLITE

Aux termes de l'article 437 al. 1er du C. com. « Tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite ». Il résulte de cet article, conçu en termes généraux, que la femme commerçante peut être déclarée en faillite en dépit de son sexe et de son état de femme mariée. Cette faillite en vertu de l'article 440 C. com. découlera d'un jugement.

§ 1. — DE LA COMPÉTENCE

La compétence *ratione materiae* est indiquée par l'article 440 C. com., c'est le tribunal de commerce qui devra déclarer la faillite.

Ratione personae, le tribunal compétent sera le tribunal du domicile de la débitrice ; la question se pose alors de savoir quel est le domicile de la femme mariée commerçante.

D'après l'article 108 C. civ. le domicile de la femme

mariée se confond avec celui de son mari. Cet article est, du reste, conçu en termes formels et semble n'admettre aucune exception sauf celle qu'il prévoit à son deuxième alinéa. Dans ces conditions, on doit se demander ce qui arrivera lorsque le mari ne sera pas domicilié dans la ville où la femme exerce le commerce? Faudra-t-il appliquer l'article 108 C. civ., en l'absence de dispositions contraires dans le code de commerce et décider que le tribunal compétent est celui du domicile du mari malgré les inconvénients qui peuvent en résulter pour les créanciers obligés d'aller défendre leurs intérêts dans un lieu parfois fort éloigné de celui où se trouve le fonds de commerce de leur débitrice?

Dans une première opinion, on a soutenu que, en présence des termes formels de l'article 108 C. civ., il n'y avait qu'à s'incliner. De plus, cet article étant d'ordre public, il était impossible d'admettre que le mari, en autorisant sa femme à faire le commerce, pût y déroger en lui permettant de se choisir un domicile distinct du sien propre. Enfin, même en admettant que le changement de domicile fût possible, il faudrait pour qu'un tel changement soit valable aux yeux de la loi, qu'il y ait volonté d'acquérir un nouveau domicile. Or, très souvent, cette volonté manquera à la femme qui continuera d'habiter avec son mari en se contentant de se rendre, quand ses affaires l'exigeront à son établissement commercial, quitte à revenir, dès que possible, au foyer conjugal.

Cette opinion est actuellement abandonnée. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve l'établissement commercial dirigé par la femme.

On écarte tout d'abord, les arguments de texte, en fai-

sant valoir que les conséquences que l'on tire de l'article 108 sont manifestement exagérées. Cet article, évidemment, doit être appliqué dans toute sa rigueur, pour les actes de la vie civile mais il est étranger à ceux de la vie commerciale. Or, l'autorisation de faire le commrce, donnée par le mari à sa femme, lui confère la qualité de commerçante avec toutes les conséquences que cette qualité entraîne et notamment avec le droit d'avoir un domicile commercial.

L'article 108, de plus, n'est pas aussi rigoureux que le prétend l'opinion contraire, la preuve résulte de l'alinéa 2 qui prévoit une exception au principe posé par le premier alinéa et la jurisprudence admet, avec raison, que, lorsque le mari est interné dans un asile d'aliénés, la femme peut avoir un domicile distinct de celui de son époux (1). Quel est, en effet, le motif qui a poussé le législateur à édicter l'article 108 ? Tout d'abord, il semble qu'il y ait vu une conséquence de l'autorité maritale et qu'il ait ainsi voulu assurer le respect des droits du mari. Il s'est ensuite appuyé sur ce qui se passe dans la très grande majorité des cas dans lesquels la femme habite avec son époux. N'est-il pas naturel de présumer qu'ils ont le même domicile ? Mais, dans le cas que nous examinons, l'autorité maritale disparaît en tout ce qui touche la vie commerciale de la femme. C'est grâce à l'autorisation prévue et exigée par la loi que la femme a pu créer un établissement commercial, la loi

1. Au cas où le mari est interdit Aubry et Rau, I, § 143, note 7, admettent que la femme peut librement choisir son domicile. Mais cette opinion n'est pas unanime et Demolombe, I, n. 363, estime que le domicile de la femme doit continuer à se confondre avec celui de son époux et que, par conséquent, elle est domiciliée chez le tuteur de son époux.

ne peut l'ignorer comme elle ignore une séparation de fait entre les époux, et elle ne peut lui dénier un de ses principaux effets qui est de donner un domicile commercial à la femme.

On peut se demander aussi s'il n'est pas extraordinaire dans la théorie contraire de faire une si grande différence entre la femme commerçante mariée et la femme commerçante célibataire. Voilà une femme qui a son établissement commercial à Calais, elle se marie avec un jeune homme domicilié à Perpignan. Si ses créanciers veulent la faire déclarer en faillite ils devront s'adresser à Calais la veille du mariage, à Perpignan le lendemain, alors que l'établissement sur le vu duquel ils ont traité, est toujours resté dans la même ville. Une telle décision choque le bon sens et peut produire des conséquences très préjudiciables aux intérêts de ces créanciers et elle va contre le but du droit commercial et de la législation de la faillite qui visent à rendre la procédure plus rapide et moins coûteuse.

Enfin la Cour de cassation, dès 1806 (1), a jugé que la femme marchande publique peut toujours en raison des actes de son commrce, être actionnée devant le tribunal du lieu où elle pratique le négoce, quand même le mari aurait ailleurs son domicile. Il est alors logique que ce domicile commercial, ainsi reconnu à la femme, subsiste pour la faillite qui est une sorte d'acte suprême du commerce et un état essentiellement commercial (2).

Nous approuverons la décision de la Cour de cassation sans toutefois en adopter les motifs. Une telle solution

1. Cass , 20 mai 1806, 1er mars 1823.

2. Civ., 12 juin 1883, D. 1883. 1. 281, S. 1884. 1. 257 note ; Esmein, Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1884, p. 314.

s'impose après ce que nous avons dit sur la distinction à faire entre la maison de commerce et le commerçant (1). La maison de commerce a un domicile, c'est le lieu où le commerçant a accoutumé de se tenir pour recevoir ses clients, où se trouve sa comptabilité d'ensemble, où il reçoit et écrit ses lettres, où sont sa caisse et son portefeuille, où enfin est établie la direction générale de l'entreprise. Ce domicile peut être distinct de celui du commerçant. L'article 450 C. com. confirme implicitement cette doctrine lorsqu'il parle des immeubles affectés au commerce et à l'industrie du failli et de ceux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du failli et de sa famille, sans s'occuper de ceux qui, non dépendant des premiers, sont affectés à l'usage de la famille et qui peuvent se trouver dans une autre commune et même dans un autre département. Les premiers seuls constituent le domicile de la maison de commerce, les autres fixent le domicile civil du commerçant. Or la faillite est déclarée, en premier lieu, contre la maison de commerce. Par suite de la confusion qui existe entre les biens du commerçant et ceux de la maison de commerce, tout le patrimoine est atteint mais il ne faut pas oublier qu'il ne l'est qu'à cause de la maison de commerce et que, par conséquent, en présence de deux domiciles différents l'un civil et l'autre commercial, c'est ce dernier qui doit l'emporter pour fixer la compétence dans une procédure uniquement commerciale.

1. *Supra*, p. 189.

§ 2. — CONDITIONS POUR QU'UN JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE PUISSE ÊTRE RENDU CONTRE LA FEMME MARIÉE

A. — Conditions de fonds

Il résulte de l'article 437 C. com. qu'il faut : 1° que la femme mariée soit commerçante ; 2° qu'elle soit en état de cessation des payements.

La faillite étant une situation particulière aux commerçants, le tribunal saisi aura à apprécier si la femme est commerçante et pour se décider il appliquera les principes que nous avons déjà exposés. Pour nous, qui admettons la validité du contrat de société en nom collectif entre les époux, nous déciderons que, lorsqu'une société de ce genre existera, le tribunal devra prononcer la faillite de la société ce qui entraînera la mise en faillite de tous les associés et notamment du mari et de la femme. Nous avons vu que c'était en partie la répugnance qu'avait la jurisprudence à déclarer la faillite de la femme qui l'avait amenée à s'en tenir à la nullité de la société de sorte que lorsque la société est conclue entre les deux époux et un tiers la jurisprudence n'a déclaré la mise en faillite que du mari et du tiers et a refusé d'agir de même à l'égard de la femme (1).

Mais il peut arriver que la femme non commerçante ait eu recours à des manœuvres dolosives pour faire croire à ses créanciers qu'elle était commerçante. Ce dol permet-il au tribunal de la déclarer en faillite ? Il nous paraît qu'on

1. *Supra*, p. 115 et suiv.

doit répondre par la négative à cette question. La qualité de commerçant est une condition *sine qua non* de la mise en faillite, rien n'y peut suppléer. Or, la femme ne peut acquérir d'elle-même la qualité de commerçante il faut, pour cela, l'intervention d'un tiers : mari ou justice suivant les cas et le dol ne peut la remplacer (1). Il y a eu seulement délit de la femme qui se résoudra par une question de dommages-intérêts (2).

Mais le mari a toujours le droit de retirer l'autorisation qu'il a donné, à sa femme de faire le commerce, lorsqu'il se rend compte que ses affaires vont mal. A la suite de cette révocation, la femme perd la qualité de commerçante, ses créanciers peuvent-ils alors et malgré cette révocation la faire déclarer en faillite ? Cette situation est comparable à celle de la société mise en liquidation, à celle du débiteur déjà décédé et enfin, à celle du commerçant qui a cessé son commerce sans l'avoir cédé à un successeur. Par analogie avec ces situations, nous déciderons que la femme mariée commerçante peut être mise en faillite bien que le mari lui ait retiré l'autorisation de faire le commerce mais à la condition que la cessation des payements remonte à une époque antérieure au jour où la révocation est deve-

1. Les créanciers ne peuvent invoquer la règle : *error communis facit jus*, car cette règle suppose une erreur invincible et irréprochable. Il est évident qu'il en serait autrement si le dol de la femme était tel qu'elle tombe sous le coup de l'art. 593-3° C. com., c'est-à-dire si elle faisait le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, auquel cas elle pourrait être condamnée aux peines de la banqueroute frauduleuse.

2. Trib. Seine, 28 juillet 1857, *J. T. C.*, 1858, p. 412; Trib. Gap, 22 octobre 1881, *J. fail.*, 1882, p. 130; Lyon-Caen et Renault, VIII, n. 50; Thaller, n. 167.

nue opposable aux tiers, c'est-à-dire au jour de la publication de cette révocation.

Quant à la cessation des payements, qui consiste dans le refus de la part de la femme de payer les dettes qui lui sont réclamées, il y aura lieu d'appliquer les mêmes règles que dans le cas ordinaire. Remarquons cependant que, comme dans le cas général, il faut que les dettes non payées soient des dettes commerciales.

B. — Conditions de forme

Le Code de commerce prévoit trois circonstances différentes dans lesquelles un tribunal de commerce peut être amené à déclarer la faillite du commerçant : 1° sur la demande du débiteur lui-même; 2° sur la demande d'un ou plusieurs de ses créanciers; 3° d'office.

Nous n'insisterons pas sur la déclaration d'office dont les règles ne sont en rien modifiées lorsque la mesure doit être prise contre une femme mariée.

En revanche, au cas de requête de la femme elle-même, il y a lieu de se demander si elle doit obtenir une autorisation spéciale de son mari à cet égard.

Avant la loi de 1907, il pouvait y avoir doute sur la réponse à faire à cette question. D'un côté, il était possible de soutenir que le dépôt de bilan, étant introductif d'une instance judiciaire, était soumis aux mêmes formalités que le droit d'ester en justice et que, par conséquent, l'autorisation spéciale du mari était nécessaire. De l'autre, on pouvait considérer que ce dépôt n'était qu'un acte de la vie commerciale et que la femme était suffisamment habi-

litée par l'autorisation du mari de faire le commerce (1).

Actuellement, le doute ne nous paraît plus possible, avec l'interprétation de la loi de 1907 que nous avons adoptée. Que l'on considère la requête de la femme comme un acte commercial ou comme un acte introductif d'instance et, par conséquent, judiciaire, la femme pourra l'introduire seule sans avoir à solliciter le consentement de son mari (2).

A côté de la femme, ses créanciers pourront s'adresser au tribunal pour la faire déclarer en faillite. Nous reconnaîtrons ce droit à tous les créanciers, quels qu'ils soient et quelle que soit l'étendue de leur gage.

Nous déciderons donc que, en dehors des créanciers commerciaux de la femme, pourront agir devant le tribunal :

Les créanciers civils de la femme autorisée du mari ;

Les créanciers civils de la femme autorisée de justice ;

Les créanciers de la femme non autorisée.

Faut-il reconnaître le même droit au mari ? Celui-ci peut, en effet, être créancier de sa femme, a-t-il alors le droit de recourir aux tribunaux pour faire déclarer la faillite de son épouse ? A notre avis, l'affirmative s'impose, il n'y a aucune raison de refuser ce droit au mari. On peut soutenir, il est vrai, que le mari a d'autres moyens à sa disposition pour forcer la mauvaise volonté de sa femme et que, de plus, on ne voit pas bien un mari imposant cette flétrissure à sa femme et, par contre-coup, à des enfants qui sont aussi les siens ; s'il estime que sa femme dirige mal son commerce, il n'a qu'à révoquer son consen-

1. Perceron, I, n. 291.

2. Lyon-Caen et Renault, VII, n. 100, n. 65 *ter* ; Perceron, I, n. 291.

tement et à agir devant les tribunaux pour lui faire retirer les pouvoirs qu'elle tient de la loi de 1907 (1). Ce raisonnement très moral, ne nous paraît pas suffisant pour refuser ce droit au mari, de plus, les palliatifs indiqués sont des conséquences de la puissance maritale que seul le mari peut exercer. Or nous faisons découler le droit du mari de faire déclarer la faillite de sa femme non de sa puissance maritale, mais de sa qualité de créancier. Les créanciers du mari ne peuvent forcer leur débiteur à intervenir en temps que mari alors même qu'ils peuvent y avoir intérêt, tandis que si on met le mari sur le même rang que les autres créanciers de la femme, on donne, par cela même, le droit à ses créanciers propres d'agir au moyen de l'action oblique de l'article 1166 C. civ. et de faire déclarer la faillite de la femme de leur débiteur.

Mais ne faut-il pas reconnaître un droit propre aux créanciers du mari dont les créances sont nées dans l'intérêt du ménage, à agir directement devant le tribunal de commerce ? On peut soutenir, en effet, que la femme est leur débitrice au même titre que le mari et que, dans ces conditions, la prétention de tels créanciers est justifiée. Il ne nous paraît pas possible néanmoins d'adopter cette opinion tant que ces créanciers n'ont pas obtenu un titre exécutoire contre la femme. Jusque-là la femme est bien tenue sur une partie de ses biens mais elle n'est pas leur débitrice au sens exact du terme. Il serait plus juste de dire qu'elle administre un patrimoine qui est débiteur, mais elle n'est

1. Ce qui, du reste, pourra lui permettre de rentrer dans ses fonds lorsque les époux seront mariés sous le régime de la communauté, exclusif de communauté ou dotal universel puisque le mari reprendra l'administration des biens réservés.

pas tenue personnellement tant que les créanciers n'ont pas rendu leur titre opposable. Ils devront donc d'abord agir devant le tribunal civil contre la femme et ce n'est qu'ensuite, après un jugement rendu en leur faveur et constituant l'épouse débitrice, qu'ils pourront engager la procédure de la faillite.

C. — Du jugement déclaratif de la faillite

Le droit commun devra être appliqué. Le jugement pourra être attaqué soit par la voie de l'opposition, soit par celle de l'appel.

L'article 580 C. com. accorde le droit d'opposition à « toutes les parties intéressées ». Nous ferons rentrer dans cette expression non seulement tous les créanciers qui auraient pu agir pour demander la mise en faillite et dont nous avons donné l'énumération (1), mais aussi le mari sans distinguer s'il est ou non créancier. En effet, la déclaration de faillite de sa femme est susceptible de réfléchir contre lui, il doit donc avoir le droit d'intervenir.

1. Perceron, I, n. 390 reconnaît le droit d'opposition à tous les créanciers même à ceux qui ont un droit spécial.

CHAPITRE II

EFFETS IMMÉDIATS DE LA FAILLITE SUR LE PATRIMOINE DE LA DÉBITRICE ET SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS

La faillite, dès la prononciation du jugement déclaratif, entraîne des modifications aux droits de la femme sur son patrimoine et aux droits des créanciers.

§ 1. — EFFETS SUR LE PATRIMOINE

Aux termes de l'article 443 al. 1er C. com. « Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ». Ce dessaisissement consiste, d'après la théorie admise, en une simple indisponibilité des biens qui place sous la main de justice tout ce qui appartient au débiteur. Le droit de gage général, prévu à l'article 2093 C. civ., jusqu'alors flottant et indéterminé

se fixe et s'immobilise pour ainsi dire, de façon que les biens du débiteur ne puissent de par son fait échapper à l'action des créanciers.

La femme ne peut plus alors aliéner un seul de ses biens ; elle ne peut plus contracter aucune obligation opposable à la masse, même si cette obligation est autorisée par son mari ; ses débiteurs ne peuvent plus se libérer entre ses mains et elle ne peut plus ester en justice. Tous ces droits passent au syndic.

Sont tout d'abord en dehors du dessaisissement tous les droits que les créanciers ne peuvent exercer du chef de leur débitrice, c'est-à-dire ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne suivant l'expression de l'article 1166 du Code civil : droits extrapatrimoniaux et droits reposant exclusivement sur un intérêt moral. Par conséquent, dans les rares cas où, quoique le mari soit vivant, la femme exercera la puissance paternelle, cette puissance ne pourra être atteinte par ses créanciers. Elle pourra, sans l'assistance du syndic, exercer en justice les actions qui garantissent ses droits de famille : nullité de mariage, divorce, séparation de corps et même celles qui tendent à la réparation d'un dommage personnel (dommages-intérêts à raison d'un crime ou délit contre la personne, actions en diffamation, en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, en contrefaçon d'une invention brevetée, etc.) sous réserve, si cela est nécessaire, de s'être munie de l'autorisation du mari. Mais, lorsque ces actions doivent aboutir à des condamnations pécuniaires dont la masse des créanciers est appelée à profiter, le syndic sera admis au procès comme partie intervenante.

Inversement quand des tiers auront à exercer contre la femme des actions de cette nature (par exemple, le mari

demande le divorce ou la séparation de corps), c'est contre elle personnellement et non contre le syndic que la demande doit être formée. Mais si le jugement est susceptible d'entraîner des conséquences pécuniaires, l'adversaire de la femme devra avoir soin de mettre en cause le syndic s'il veut se prévaloir du jugement contre la masse.

Un cas particulièrement délicat est celui de la séparation de biens. En vertu de l'article 1443 C. civ. la femme seule peut la demander. Le syndic ne peut donc introduire la demande, mais il aura toujours le droit d'intervenir à l'instance engagée par la femme afin d'y représenter les créanciers, et, en vertu de l'article 1447 C. civ., les créanciers du mari pourront toujours se faire recevoir partie intervenante. Mais quelle sera la situation du mari créancier des dépens? Aucun doute n'est possible si le syndic a soulevé à tort certaines contestations, les frais qui s'y rattachent sont une dette de la masse, qui doit supporter les conséquences de la faute commise par son représentant. Cette hypothèse mise à part, le mari devra, à notre avis, être admis comme créancier dans la masse pour tous les dépens, ces dépens provenant de l'exercice par la femme d'un droit qui est indépendant de la faillite, antérieur à son ouverture et ne dérivant pas des opérations faites par le syndic. Cette solution nous paraît d'autant plus rationnelle, que, si la femme avait demandé la séparation de biens avant le jugement qui l'a déclarée en état de faillite, le mari n'aurait certainement aucun privilège opposable à la masse et qu'il serait réduit à une simple créance contre sa femme, créance qui, par suite de l'ouverture de la faillite, devrait tomber dans la masse.

Il nous reste à examiner si tous les droits patrimoniaux sont atteints par le dessaisissement.

La loi répond négativement à cette question pour des motifs d'humanité. Comme dans le cas où le failli appartient au sexe masculin ou lorsque la femme n'est pas mariée l'article 592 C. com. devra être appliqué.

Cette exception mise de côté, la règle est que le dessaisissement atteint tous les biens sur lesquels la femme faillie avait un droit d'administration même réduit ou de disposition sans distinguer si elle en avait la disposition libre et entière ou si elle n'avait cette disposition que sous réserve de l'autorisation du mari.

Dans tous les cas, le dessaisissement atteindra donc tous les biens affectés au commerce de la femme, c'est-à-dire tous les biens dépendant de sa maison de commerce et cela sans avoir à distinguer leur provenance mais sous réserve, naturellement, du droit des tiers.

Quant à ce qui touche aux autres biens, il y a lieu de distinguer suivant les régimes matrimoniaux et suivant la catégorie des biens pour fixer l'étendue du dessaisissement. En effet, la mise en faillite de la femme ne dissout ni le mariage, ni la société d'acquêts ou la communauté qui peuvent exister entre les époux, les clauses du contrat de mariage restent toujours opposables aux créanciers et le mari continue à avoir le droit de s'en prévaloir à l'encontre de la masse.

Sous tous les régimes, nous déciderons que le dessaisissement atteint les biens réservés de la femme. Cette règle fait double emploi avec la précédente lorsque ces biens réservés ont été affectés par la femme aux besoins de son commerce, mais le dessaisissement existe même dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les biens réservés ou une partie d'entre eux ont été retirés par la femme de son exploitation commerciale.

Sous le régime de la communauté le dessaisissement s'étendra dans tous les cas à la nue-propriété des propres de la femme ainsi qu'à leur usufruit lorsqu'elle s'en sera réservé l'administration par contrat de mariage. Qu'arrivera-t-il dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'administration appartiendra au mari? La solution contraire nous paraît devoir s'imposer : en effet, la masse des créanciers est subrogée aux droits de la femme et seulement à eux. Or, la femme n'a aucun droit d'administration sur ses propres (à l'exception de ceux qui servent à son exploitation commerciale), donc ses créanciers ne peuvent en acquérir aucun. Le mari sera toujours recevable à opposer son contrat de mariage ou les dispositions de la loi, s'il n'y a pas de contrat, aux créanciers de son épouse. Il en résulte que la femme sera seulement dessaisie des droits qu'elle possède sur la nue-propriété de ses propres.

Sous le régime sans communauté le dessaisissement s'étendra aux biens réservés, à ceux de la maison de commerce et à la nue-propriété des propres, sous celui de séparation de biens à tous les biens et, sous le régime dotal à tous les biens, exception faite des biens dotaux.

Des difficultés pratiques seront soulevées lorsqu'il s'agira de fixer la liste des biens atteints par le dessaisissement. S'il sera facile, grâce aux actes et aux contrats, de connaître quels sont les immeubles appartenant à la femme il en sera autrement lorsqu'il faudra séparer les meubles appartenant au mari de ceux qui sont à son épouse.

Pour les meubles qui servent à l'exploitation commerciale, il y a lieu de présumer qu'ils sont à la femme sauf le cas de preuve contraire fournie par le mari.

Par contre, dans les autres cas, ce sera au syndic à prou-

ver la consistance du mobilier appartenant à la femme faillie. Mais comme il agit alors en sa qualité de représentant de la masse subrogée à la femme, il jouira pour la production de la preuve du régime de faveur établi par le Code et admettant dans certains cas la preuve par commune renommée.

§ 2. — DE LA PÉRIODE SUSPECTE

Relativement aux actes passés par la femme faillie, la déclaration de faillite a un certain effet rétroactif car elle peut entraîner l'annulation d'un certain nombre d'actes antérieurs au jugement déclaratif et contemporaines de la période dite suspecte. Pendant cette période qui s'écoule entre le moment de la cessation des payements et le jugement déclaratif, la femme est toujours restée à la tête de sa maison de commerce et il a pu arriver qu'elle se soit livrée à des opérations désastreuses pour la masse. Or l'article 1167 C. civ. n'aurait assuré aux créanciers qu'une protection insuffisante car ils auraient dû prouver la mauvaise foi du tiers, au moins au cas de contrat à titre onéreux, pour obtenir l'annulation de l'acte incriminé. C'est pourquoi le Code de commerce a organisé un système spécial. Les principes qui en découlent s'appliqueront dans le cas de la femme mariée commerçante de la même manière et dans les mêmes conditions que dans le cas général. Le syndic aura seul le droit d'intenter l'action en nullité et cette nullité sera relative.

Tantôt dans le cas de l'article 446 la nullité sera de droit: libéralités, payement de dettes non échues, dations en payement, constitutions de sûretés réelles. Tantôt dans le

cas des articles 447 à 449 la nullité sera facultative et soumise à l'appréciation du tribunal.

Mais certaines situations particulières à la femme mariée demandent de plus amples développements :

1° Ainsi que nous le verrons, l'inaliénabilité dotale continue, après la faillite, à être opposable aux créanciers postérieurs au mariage, lorsque le contrat a été publié. Or, si l'immeuble est aliénable par contrat de mariage, la femme a pu procéder à son aliénation depuis la cessation des payements d'une manière qui tombe indiscutablement sous le coup des articles 446 et 447. La masse peut-elle intervenir? Non, à notre avis, si dans la masse ne figure aucun créancier antérieur au mariage et si on adopte la solution que nous exposerons. Mais qu'arrivera-t-il dans le cas où des créanciers antérieurs au mariage y figurent? M. Thaller (1) leur reconnaît le droit d'agir mais individuellement et seulement en vertu de l'article 1167 C. civ. Il nous paraît impossible d'accepter cette solution. Tout d'abord nous admettrons plus loin, que les créanciers antérieurs au mariage, font partie de la masse, ils perdent donc leur droit de poursuite individuel au profit du syndic et nous ne voyons aucune raison de refuser à ce dernier le droit d'agir dans l'intérêt d'une catégorie de créanciers. De plus, nous estimons que les articles 446 et 447 C. com. doivent être appliqués; si on suppose que, parmi les créanciers antérieurs au mariage, se trouvent des créanciers commerciaux (la femme étant déjà commerçante lorsqu'elle était encore jeune fille), de quel droit les privera-t-on du bénéfice de ces articles qui facilitent singulièrement la production de la preuve? Pourquoi leur

1. *Ann. dr. com.*, 1883, p. 142.

fera-t-on subir une sorte de déchéance, du fait du mariage de leur débitrice ? Nous déciderons donc que le syndic sera qualifié pour agir et pour réclamer l'application des dispositions du Code de commerce.

2° Il peut aussi arriver que la femme ait acheté, avant le mariage, un immeuble qui est devenu dotal par suite des stipulations du contrat et que le vendeur, non payé, n'ait pas rendu son privilège public, ou bien, c'est une hypothèque qui, en temps normal, tomberait sous le coup des articles 446 et suivants, mais qui porte sur un immeuble dotal. Nous déciderons, par identité de motifs, que le syndic seul peut agir mais uniquement dans l'intérêt des créanciers antérieurs au mariage.

3° Une situation à peu près identique peut se présenter sous les autres régimes : la femme a pu, entre la date de la cessation des payements et celle du jugement déclaratif, employer la totalité de ses biens réservés à payer des créanciers qui avaient des droits sur ces biens mais qui possédaient aussi des droits sur les propres. Ce faisant elle s'est libérée à la fois à l'égard de ces créanciers et de ceux qui n'ont des droits que sur le pécule réservé puisqu'il aura entièrement disparu. Les créanciers qui auront vu leur gage disparaître de cette manière auront-ils le droit de faire annuler les payements ainsi faits ? Quoique la fraude soit patente, la négative nous paraît devoir s'imposer, en l'état actuel des textes. Le recours ne pourra exister que si celui qui a reçu les fonds avait connaissance de l'état de cessation des payements de sa débitrice et alors tous les créanciers de la femme auront les mêmes droits.

4° Enfin, sous tous les régimes, la femme a pu essayer de conserver, par devers elle, une partie de son actif soit, en cherchant à soustraire certains de ses biens à ses créan-

ciers, par exemple, en les présentant comme dotaux soit, en cherchant à diminuer le gage de certaines catégories de créanciers, par exemple, en présentant comme propre, un bien réservé. Il n'y aura là qu'une question de preuve dont la production se fera conformément au droit commun. Mais, alors que l'action appartiendra à la masse lorsque la femme aura essayé de frauder l'ensemble de ses créanciers, elle restera individuelle, lorsque ce seront, au contraire, les créanciers à gage restreint qui se prétendront lésés par la qualité attribuée à un bien, et cette action devra être dirigée contre le syndic qui, dans les rapports entre les catégories de créanciers, doit être considéré comme représentant plus spécialement la maison de commerce. Tout se réduira donc à une question de preuve et non à une question d'annulabilité.

§ 3. — DE LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

Si chaque créancier pouvait encore, après le jugement déclaratif, exercer sur le patrimoine de la femme les droits qui lui appartiennent, d'après les principes du Code civil ou du Code de commerce, les frais seraient augmentés et multipliés inutilement. Le Code de commerce réserve au syndic seul le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour mener à bonne fin la liquidation de ce patrimoine. La loi n'a pas prévu d'une manière formelle cette suspension mais elle est déduite des articles 455 3e al. interdisant la contrainte par corps après le jugement déclaratif, 571 qui enlève aux créanciers chirographaires le droit de poursuivre l'expropriation, 577 qui rend aux créanciers leurs droits de poursuite après le jugement clôturant les

opérations pour insuffisance d'actif. Ces articles s'appliquent dans leur intégralité à la femme commerçante de sorte que nous déciderons qu'ils atteignent tous ses créanciers quelle que soit l'étendue de leur gage, exception faite toutefois des créanciers hypothécaires et privilégiés. Le seul cas, où le droit de poursuite individuelle subsiste en faveur d'un créancier sera celui où il aura à faire valoir contre la masse de la faillite, c'est-à-dire contre le syndic des droits de gage personnels (1) comme dans le 4° envisagé plus haut.

Nous déciderons enfin que le cours des intérêts cesse (art. 445 al. 1), que les dettes non échues deviennent exigibles (art. 444-1) et que le syndic peut prendre une inscription d'hypothèque au nom de la masse des créanciers sur tous les immeubles (art. 490 al. 3).

1. Douai, 28 nov. 1883. Jurisp. Douai, 1883, p. 266.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE PRÉPARATOIRE

§ 1. — DU PERSONNEL DE LA FAILLITE

Le personnel de la faillite comprend, comme dans le cas où la personne faillie est du sexe masculin, la femme, faillie, le ou les syndics, le juge-commissaire, les créanciers, le tribunal de commerce et le ministère public.

Les différents droits que le Code de commerce leur accorde, dans la faillite, ne sont pas modifiés dans le cas actuel, toutefois certaines difficultés peuvent parfois être soulevées.

C'est ainsi que le tribunal de commerce devra se déclarer incompétent et renvoyer au tribunal civil la solution de certains litiges. Il résulte, en effet, de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 635 C. com. que cet article attribue compétence à la juridiction consulaire seulement pour tous les litiges qui se rattachent à l'état de faillite et qui donnent lieu à l'application des règles juridiques spéciales à la faillite, ou, suivant l'expression pro-

posée par M. Valéry à son cours : « Le tribunal de commerce est seul compétent pour tout procès naissant de l'état de faillite et qui, autrement, n'aurait pas pris naissance ». C'est ainsi que cette juridiction pourra annuler certains actes, restreindre le privilège du bailleur, etc., mais, en dehors de cela, le droit commun reprendra son empire, et c'est ainsi que, si le syndic demande la nullité d'une hypothèque pour vice de forme, il devra saisir le tribunal civil.

Dans le cas qui nous occupe, il arrivera assez souvent que des contestations pourront être soulevées sur la qualité à reconnaître à un bien de la femme : est-il dotal, propre, réservé ? ou bien sur la date d'une créance civile ou encore sur la qualité d'une créance : est-elle contractée dans ou hors de l'intérêt du ménage ? Le tribunal de commerce sera alors incompétent et la question devra être portée devant le tribunal civil. En effet, si ces contestations ont été soulevées à l'occasion de la faillite, elles n'ont pas pris naissance en elle, elles existaient déjà tout au moins d'une manière implicite et elles auraient été soulevées même si la femme n'avait pas été déclarée en faillite.

Mais, au cas où la faillite atteint une femme mariée le personnel de cette faillite s'adjoint un nouveau membre : le mari. Celui-ci, en effet, peut être créancier de sa femme et, à ce titre, il fait partie de la masse et est légalement représenté par le syndic, mais il est aussi « le mari », c'est-à-dire celui qui a des droits non seulement sur la personne de sa femme, mais aussi sur son patrimoine, droits qui découlent soit de la loi, soit des clauses du contrat de mariage, en principe, opposable à la masse des créanciers. Il peut en résulter dans certains cas, des conflits entre le

mari et le syndic. Quel est le principe qui devra nous guider pour trouver la solution ?

A notre avis, le mari devra avoir la priorité tant qu'il se maintiendra sur le terrain de la puissance maritale. Là, il est imbattable car la puissance maritale est d'ordre public et son exercice ne doit être gêné à aucun titre et par n'importe qui. Le syndic ne pourra donc s'opposer à ce que le mari, domicilié dans une autre commune que celle où se trouve l'établissement de la femme, exige que celle-ci rejoigne le domicile conjugal quelques inconvénients qui puissent en résulter pour la faillite, le syndic n'aura alors que la ressource de demander au tribunal l'incarcération de la femme faillie. Nous déciderons même que, si la femme faillie est dotale et si une clause de son contrat de mariage l'autorise à aliéner ses biens dotaux mais seulement avec le consentement du mari et sans que ce consentement marital puisse être remplacé par celui de la justice, le syndic n'aura aucun moyen de contraindre le mari à donner cette autorisation à la femme, si celle-ci exprime le désir d'aliéner un de ses immeubles dotaux pour mettre les fonds à la disposition du syndic.

Par contre, lorsque le conflit présentera un caractère plutôt pécuniaire, nous estimons que le mari devra s'incliner devant la volonté du syndic. En effet, le syndic est le représentant des créanciers et les intérêts de ceux-ci doivent être sauvegardés. De plus, ne peut-on penser que le mari a commis une sorte de quasi-délit au détriment des créanciers de sa femme, en n'ayant pas suffisamment surveillé le commerce de celle-ci et en n'étant pas intervenu soit par des conseils, soit par la révocation de l'autorisation ? C'est pourquoi nous déciderons que le syndic n'a pas besoin de solliciter l'autorisation du mari lorsqu'il

estimera utile de vendre un bien propre de la femme et cela, quoique d'après les règles du régime matrimonial sous lequel sont mariés les époux, ce dernier puisse perdre dans une telle aliénation le droit de jouissance (1). Il en sera de même lorsque le syndic désirera intenter une action en justice que la femme n'aurait pas pu intenter seule, par exemple une action qui n'aurait intéressé que ses biens propres et qui n'aurait pas eu un caractère commercial. Enfin nous avons déjà décidé que le dessaisissement consécutif au jugement déclaratif ne s'appliquait qu'aux différents droits que la femme pouvait posséder sur chacun de ses biens mais que, le mariage continuant à subsister, il laissait intacts les droits d'administration du mari. Une restriction toutefois nous paraît devoir s'imposer : il est admis, en général, que lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté le mari a qualité pour recevoir les capitaux mobiliers dus à sa femme, quand les débiteurs veulent se libérer. Il nous paraît qu'un tel droit, en cas de la faillite de la femme, est exorbitant et que le syndic doit avoir le pouvoir de s'y opposer, en interdisant aux débiteurs de se libérer entre les mains du mari jusqu'à ce que la solution de la faillite intervienne et ne fixe le titulaire futur de la créance.

Le mari verra aussi restreindre indirectement ses pouvoirs en ce qui touche son droit d'engager, sous certains régimes, les biens réservés de sa femme lorsqu'il contracte dans l'intérêt du ménage. Théoriquement, tout au moins, ce droit continuera à subsister en sa faveur, mais, en fait, les nouveaux créanciers ne pourront opposer leurs droits

1. Ce droit du syndic résulte aussi, ainsi que nous le verrons, du fait qu'une telle aliénation est faite dans l'intérêt du négoce.

à la faillite de la femme lorsque la date de leur créance sera postérieure à celle du jugement déclaratif et cette exclusion devra être étendue même aux créances dont la date est comprise entre celle de la cessation des payements et celle du jugement déclaratif lorsque le titulaire de cette créance a eu connaissance de l'état de cessation des payements de la femme (art. 446 et suiv. C. com.).

Deux cas particuliers nous paraissent devoir créer des difficultés spéciales : après le jugement déclaratif, la femme peut recevoir une donation ou recueillir une succession. En temps normal, la femme doit d'abord demander l'autorisation du mari pour accepter et ce n'est que sur son refus qu'elle peut solliciter l'autorisation de la justice. On peut soutenir que le syndic doit suivre la même procédure, surtout au cas de donation, cet acte présentant, à côté de son caractère purement pécuniaire, un caractère moral que le mari est seul qualifié pour apprécier. Nous estimons cependant que, même dans ce cas, il ne nous paraît pas utile d'apporter une exception à la règle que nous avons déjà posée, à savoir que le syndic n'a pas à demander l'autorisation du mari et n'a qu'à se munir de l'autorisation de la justice. Le tribunal, du reste, aura toujours la liberté de provoquer les explications du mari avant de prendre une décision.

La question de la correspondance de la femme faillie est susceptible aussi de provoquer de graves conflits entre le syndic et le mari. En effet, le syndic a, en vertu de l'article 471 C. com., le droit de faire remettre et d'ouvrir les lettres adressées au failli. Cet article, étant donnés ses termes généraux, s'applique indiscutablement au cas où c'est une femme mariée qui est déclarée en faillite. Mais le mari ne pourra-t-il pas chercher à s'opposer à cette

prétention du syndic en arguant de son droit propre ?

Presque tous les auteurs reconnaissent au mari le droit de surveiller et même de se faire délivrer la correspondance de leur femme (1). La jurisprudence est unanime en faveur de cette opinion (2). On fait dériver un tel droit de l'article 213 C. civ. et des travaux préparatoires desquels il résulte que le mari a, dans l'union conjugale, la prééminance sur la femme. L'époux pouvant interdire à sa femme toute fréquentation avec les personnes dont il désapprouve le caractère ou la conduite, peut aussi contrôler la correspondance qui n'est qu'un succédané de la fréquentation (3).

La jurisprudence décide toutefois qu'il existe certaines limites à ce droit du mari. Les tribunaux se reconnaissent le droit d'intervenir pour éviter tout ce qui pourrait être considéré comme vexations susceptibles de blesser la femme.

Ils considèrent aussi, et en cela ils sont approuvés par la doctrine, que le mari doit être supposé comme ayant autorisé sa femme à correspondre librement pour tout ce qui touche à sa profession et qu'il ne pourrait sans abus entraver les correspondances qui y seraient relatives. C'est ainsi que, lorsque la femme exerce une profession qui emporte l'obligation au secret professionnel, le mari ne peut violer ce secret sous le fallacieux prétexte qu'il a le droit de prendre communication des lettres adressées à son

1. Seuls Laurent, III, p. 162 et Voillaume, *du respect dû à la correspondance*, Paris, 1888, p. 139, sont d'un avis contraire.

2. Bruxelles, 28 avril 1875, S. 1877. 2. 161 ; Req., 9 juin 1883, S. 1885. 1. 137 ; Req., 15 juillet 1885, D. 1886. 1. 145 ; Cass., 25 février 1900, S. 1901. 1. 17, note Naquet.

3. En ce sens Portalis. Exposé des motifs.

épouse (1). Ce cas doit être étendu à la femme commerçante. A notre avis elle tire de l'autorisation maritale l'habilitant à faire le commerce le droit de correspondre librement pour les besoins de son commerce et le mari doit être considéré comme ayant abandonné son droit de surveillance sur la correspondance commerciale de sa femme. Or, en vertu de la théorie de l'accessoire les lettres reçues ou écrites par la femme doivent être présumées avoir pour cause l'exploitation commerciale et le mari ne saurait être reçu à demander la remise de toutes les lettres à charge pour lui d'en faire un triage et de rendre à son épouse toutes celles qui ne sont pas privées.

Cette solution nous permettra de trouver la réponse à donner à la question que nous avons posée. Quelle que soit l'opinion à laquelle on se rallie, au sujet des droits du mari, on doit admettre que le syndic aura seul le droit de se faire délivrer les lettres adressées à la femme faillie.

La question ne souffre aucune difficulté si on admet que la femme mariée a un droit exclusif sur toute sa correspondance.

Dans l'opinion contraire, on doit arriver aussi à la même solution. La masse est subrogée aux droits de la femme et du moment que celle-ci peut seule recevoir sa correspondance qui est toujours présumée commerciale, le syndic, représentant de la masse, a le même privilège. Le dessaisissement qui atteint la femme faillie et qui est opposable aux tiers doit donc s'étendre à toutes les lettres reçues.

La solution contraire, du reste, présenterait le grave inconvénient de permettre toute collusion entre les deux

1. Chauvet, p. 82 ; Péret, n. 160 ; Valéry, n. 149.

époux qui tendrait à faire disparaître les valeurs que les lettres peuvent contenir.

Mais si le syndic, après avoir pris connaissance des lettres, a le droit de conserver toutes celles qui peuvent intéresser la faillite, il doit se dessaisir de celles qui ne présentent qu'un caractère moral ou familial. Si on estime que le mari a un droit sur la correspondance de sa femme, on décidera qu'il pourra exiger de la part du syndic, la remise entre ses mains de toutes les lettres non annexées à la faillite, en lui interdisant de les donner à la femme faillie. Le triage est fait alors par un tiers ce qui peut être considéré comme entraînant la disparition de la présomption de commercialité.

§ 2. — ADMINISTRATION DE L'ACTIF

Dès que le jugement déclaratif a été prononcé et le syndic nommé, certaines mesures sont autorisées par la loi afin d'assurer la conservation de l'actif et d'en établir la consistance : apposition des scellés (art. 468 C. com.), inventaire (art. 479 C. com.), clôture des livres (art. 475 C. com.). Le syndic prend ensuite l'administration de l'actif, sur lequel il possède tous les droits de la femme. Il procédera aux actes conservatoires et aux recouvrements, vendra, avec l'autorisation du juge-commissaire, les meubles sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente. La jurisprudence lui reconnaît le droit de vendre les immeubles même pendant la procédure préparatoire, moyennant le consentement du failli et du tribunal de commerce. Il n'y a pas lieu de demander l'autorisation du mari quoique une telle vente puisse, lorsque l'immeuble

vendu est un propre, avoir pour résultat de faire perdre au mari son droit de jouissance. En effet, le syndic ne fera alors qu'exercer les droits de la femme qui, en vertu de l'article 7 C. com., peut aliéner ses immeubles lorsqu'elle agit dans l'intérêt de son négoce ; or, il est évident qu'en vendant dans ces conditions le syndic agit dans l'intérêt du négoce de la femme faillie.

Quant aux actions en justice, il est certain que le syndic pourra agir seul lorsqu'il voudra intenter une action pour laquelle la femme n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari. La question est plus délicate lorsque la femme devait être pourvue de l'autorisation maritale. Il nous semble, toutefois, que le mari ne peut être appelé à intervenir à aucun titre actuellement, d'autant plus que antérieurement son autorisation propre pouvait être suppléée par celle de la justice.

§ 3. — DE LA MASSE

A la suite de la faillite du commerçant, la masse des créanciers est constituée (1). Pendant longtemps on a hésité à reconnaître dans cette masse, une entité juridique. Cette hésitation a disparu actuellement du fait que « la vieille théorie de la personnalité morale depuis longtemps battue en brèche, s'est transformée ». L'idée de l'affectation qu'a

1. Dans les raisonnements qui vont suivre, nous laisserons de côté les créanciers hypothécaires et privilégiés qui, bien que faisant théoriquement partie de la masse, jouissent d'une situation favorisée nettement fixée par le législateur. Du reste aucune modification à leurs droits n'existe au cas où le commerçant failli est une femme mariée.

2. Gombeaux, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 417.

dégagée une étude plus attentive des fondations et l'idée dérivée d'une certaine indépendance du patrimoine affecté a gagné du terrain. La tendance s'affermit de plus en plus, de reconnaître sinon la personne avec l'idée de fiction qu'elle semble comporter, du moins l'autonomie de droit et de fait aux groupements patrimoniaux grevés d'une destination spéciale et bien déterminée.

Or, pour la masse, n'y a-t-il pas cette affectation spéciale et bien déterminée : satisfaction de ses créanciers ? et n'y a-t-il pas une individualité de fait de ce patrimoine sanctionné, du reste, par le législateur lorsqu'il décide que les jugements rendus contre le syndic sont opposables à tous les créanciers par dérogation à la fameuse règle « Nul, en France, ne plaide par procureur » ?

Il y a donc lieu de reconnaître que la masse constitue une entité juridique jouissant d'une existence propre, ayant son organisation spéciale et son organe particulier le syndic. Si on veut la rapprocher d'une autre entité déjà existante, on ne peut que songer à la société ; la masse devient alors une société *sui generis*, les associés sont les créanciers, les apports sont les créances qu'ils possèdent contre la femme, l'actif comprend tous les droits que la femme possède sur ses diverses catégories de biens, le passif toutes les obligations contractées par le syndic organe de cette société. Elle se différenciera toutefois de la société en ce que : 1° le bien social se forme de plein droit entre les associés par la volonté de la loi et sans qu'il y ait d'*affectus societatis ;* 2° l'organe, en l'espèce le syndic, est désigné par la justice et non par les associés.

Dans le cas où la personne faillie appartient au sexe mâle ou est une jeune fille, tous les créanciers qui font partie de la masse ont des droits égaux car en vertu de

l'article 2092 C. civ., ils ont un droit de gage général sur tout le patrimoine de leur débiteur. De là, la règle de l'égalité entre les divers créanciers, règle qui doit être respectée pendant toute la durée de la procédure de la faillite et qui s'impose à la fois au syndic, lorsque, après l'union, il veut répartir les deniers provenant de la réalisation de l'actif entre les divers créanciers, et au failli lorsqu'il veut obtenir un concordat et fait des offres à cet effet à l'assemblée de tous ceux qui ont eu confiance en lui. Si nous revenons à notre comparaison avec la société, nous voyons que c'est ce qui se produit lorsque, dans une société anonyme, toutes les actions ont la même valeur et qu'il n'existe ni actions privilégiées, ni parts de fondateur.

Mais la situation est-elle la même lorsque la personne faillie est une femme mariée ? Peu d'auteurs ont vu l'intérêt de cette question et les difficultés qu'elle soulève. Ceux qui l'ont envisagée ne l'ont fait que superficiellement, se bornant à proclamer certains principes qu'ils ont énoncés sans paraître se douter que leurs opinions devaient conduire à une modification considérable de la conception traditionnelle de la masse puisqu'ils écartaient le principe d'égalité (1).

1. M. Guyon, par exemple, p. 135 écrit : « Sur les biens réservés tous les créanciers de la femme, sans exception, viendront au concours. Par l'effet de ce concours, les créanciers qui ont des droits uniquement sur ces biens vont être souvent réduits à un dividende et cela même alors que tous les autres biens étaient suffisants pour désintéresser tous les autres créanciers. *C'est ce qui se passera au cas de faillite.* » Il en résultera, ajouterons-nous, qu'au cas de faillite, dans l'hypothèse choisie par M. Guyon, les créanciers à gage général toucheront 100 o/o alors que ceux qui n'ont qu'un gage restreint ne toucheront que 15 o/o, par exemple de sorte que le principe de l'égalité entre les divers créanciers n'aura pas été observé.

En effet, nous avons vu que certains créanciers chirographaires de la femme avaient des droits sur tout son patrimoine, tandis que d'autres ne possédaient un gage que sur une catégorie de biens et voyaient les autres biens leur échapper complètement. La faillite de la femme n'a pu modifier cette situation. Elle n'a pu augmenter les droits des créanciers à gage restreint en leur permettant de se payer sur des biens qu'ils ne pouvaient atteindre auparavant, elle n'a pu, non plus, obliger les créanciers à gage général à subir le concours des autres créanciers sur des biens qui constituaient leur gage particulier. Un exemple montrera mieux le bien fondé de notre opinion : nous avons vu que, sous tous les régimes depuis la loi de 1907, la femme non autorisée engageait ses biens réservés, mais que, elle continuait à pouvoir opposer la nullité de son obligation aux créanciers de cette catégorie qui voudraient atteindre ses autres biens. Nous avons même décidé qu'elle continuerait à avoir les mêmes droits après la dissolution du mariage et que la loi de 1907 avait ainsi créé en faveur des biens non réservés une sorte de dotalité qui subsistait lorsque la femme n'était plus sous la puissance de son mari. Nul doute que les créanciers de la femme qui ont un gage sur ses propres n'aient, en vertu de l'article 1116 C. civ., le droit de s'opposer aux entreprises des créanciers de la femme non autorisée. Or, de quel droit et en vertu de quels principes déciderait-on qu'il doit en être autrement au cas de faillite de la femme ? Cette faillite entraîne certaines déchéances, il est vrai, mais ces déchéances n'intéressent que la femme, elles ne peuvent dans aucun cas, frapper un seul de ses créanciers. Ceux-ci conservent tous les droits qu'ils possédaient. Si certains de ces droits sont suspendus entre leurs mains, ils n'en subsistent pas moins

puisqu'ils peuvent être exercés par leur représentant : le syndic. Le syndic sera donc qualifié pour refuser aux créanciers de la femme non autorisée, tous droits sur les deniers provenant de la vente des propres. Par contre, ces créanciers avaient certains droits avant la faillite de leur débitrice : ils pouvaient saisir les biens réservés, ces droits quoique restreints étaient opposables à tous les autres créanciers, or, ils n'ont pu disparaître par suite de la faillite, aucune déchéance n'a pu les atteindre. Ils pourront produire dans la masse afin de concourir à la répartition des deniers qui proviennent de la réalisation des biens sur lesquels ils ont un droit de gage mais uniquement sur ceux-là.

En résumé, contrairement à ce qui se passe dans le cas général, la masse de la faillite de la femme mariée commerçante ne comprendra pas que des créanciers ayant des droits égaux les uns aux autres, elle comprendra plusieurs catégories de créanciers qui seront tous les créanciers de la femme à un titre quelconque mais qui auront des gages plus ou moins étendus.

Les sociétés anonymes ne peuvent, à l'heure actuelle, nous présenter aucun cas semblable à celui d'une telle masse de sorte que nous ne pouvons poursuivre la comparaison que nous avons déjà esquissée. Il existe bien des sociétés par actions dans lesquelles la règle de l'égalité n'est pas observée, ce sont celles où il existe des actions de priorité (1), mais tous les actionnaires quels qu'ils soient

1. Rien n'empêcherait de construire abstraitement une société qui présenterait les mêmes caractères que la masse que nous venons d'étudier : supposons qu'une société anonyme qui a pour objet l'exploitation d'une banque, désire monter un commerce de bois par exemple. Dans la pratique courante on a pour habitude de créer une nouvelle société

ont, au moins dans la pratique actuelle, un droit de gage sur tout le patrimoine de la société.

Ainsi donc, dans le cas où la personne faillie est une femme mariée, la règle de l'égalité entre les créanciers doit être écartée ou plutôt elle doit être restreinte dans

jouissant de la personnalité morale à l'égard des tiers de sorte qu'elle soit, au moins extérieurement, indépendante de la société fondatrice et que les deux patrimoines soient distincts. Mais ne peut-on supposer une combinaison qui arriverait à un résultat différent, ne donnant pas à la nouvelle société une existence indépendante ? Il est évident qu'une assemblée extraordinaire de la société bancaire pourra modifier son objet en l'autorisant à se livrer dorénavant au commerce du bois tout en continuant ses opérations de banque. Mais le capital de la société pourra être insuffisant pour permettre cette extension des affaires. Il faudra faire un appel à de nouveaux actionnaires. Actuellement, les seules combinaisons employées donnent à ces nouveaux actionnaires un gage sur tous les biens de la société, la seule priorité qui leur est accordée, consistant dans l'ordre dans lequel ils se partageront les bénéfices, mais les anciens actionnaires ne pourraient-ils estimer lorsqu'ils établiront les droits des futures actions que l'accroissement du capital n'étant nécessaire que pour permettre la création du commerce de bois, il est juste que les actions à créer ne permettront à leurs titulaires que de participer aux bénéfices du commerce du bois sans leur donner un droit quelconque sur les bénéfices de la banque ? Si une telle stipulation était adoptée, il en résulterait que dorénavant la société anonyme aurait pour objet : 1° l'exploitation de la banque ; 2° le commerce du bois. Elle comprendrait deux catégories d'actionnaires venant tous au concours et avec un droit égal sur les bénéfices procurés par le commerce du bois, tandis que les bénéfices résultant de la banque ne seraient répartis qu'entre les actionnaires primitifs. Une telle société serait-elle licite ? Nous n'avons rien trouvé ni dans le Code de commerce, ni dans la loi de 1867, qui ait pu nous faire penser le contraire. L'art. 34 C. com. (mod. loi 1903) qui envisage le cas où il y a plusieurs catégories d'actionnaires dans une société par actions a été voté pour consacrer une pratique déjà établie, mais la liste qu'il donne des droits qui peuvent être attachés à des actions de priorité n'est nullement limitative et n'interdit pas de nouvelles combinaisons.

son application et il faut décider non pas que l'égalité constitue pour chaque créancier un droit propre et intangible opposable à tous les autres créanciers mais qu'elle constitue seulement un droit propre et intangible opposable à tous les autres créanciers qui font partie de la même catégorie (1).

Cela posé, il nous faut étudier quel est l'actif de la masse ainsi constituée ou, en d'autres termes, quels sont les biens sur lesquels elle possède des droits.

Rentreront sûrement dans ces biens tous ceux qui ont été atteints par le dessaisissement, la masse ayant remplacé la femme dans tous les droits qu'elle exerçait. Mais nous avons vu que sous les régimes de communauté et exclusif de communauté, le mari, non atteint par le jugement déclaratif qui a frappé sa femme, conservait la jouissance des propres de son épouse non affectés au commerce. La masse sera-t-elle obligée, dans l'évaluation de son actif, de ne pas y faire rentrer cette jouissance et de continuer à respecter l'usufruit du mari? La négative nous paraît s'imposer, nous avons déjà décidé que le syndic représentant les créanciers était subrogé aux droits de la femme et qu'il avait donc le droit pendant la période préparatoire de solliciter de la justice le droit de vendre les biens de la femme pour l'usufruit et la nue-propriété. Il y a lieu de donner la même solution actuellement par identité de motifs. La solution contraire aboutirait à un résultat qui, à notre avis, suffit à la faire rejeter : si on admettait que la

1. Une situation présentant des ressemblances avec celle que nous étudions serait créée par la mise en faillite d'un commerçant qui, à une époque antérieure, aurait constitué un nantissement sur son fonds de commerce au profit de tous les créanciers qu'il avait à ce moment.

masse n'a des droits que sur la nue-propriété des propres de la femme non affectés à son commerce, la vente ne pourrait porter que sur cette nue-propriété, il s'ensuivrait tout d'abord une grande diminution de la valeur de son gage, les acquéreurs de biens grevés d'usufruit étant peu nombreux et n'offrant que des prix dérisoires, mais, de plus, on devrait reconnaître aux créanciers faisant partie de la masse, le droit de saisir-arrêter par la voie civile les produits de cette jouissance entre les mains du mari, ce qui entraînerait un gros inconvénient pratique : la transformation de la saisie commerciale résultant de la faillite et destinée à être liquidée le plus rapidement possible en une saisie civile devant durer aussi longtemps que le mariage. Il s'ensuivrait aussi que la femme aurait engagé une partie de ses biens commercialement et l'autre partie civilement. Or, si nous avons admis que le mari n'est tenu que civilemunt, nous avons décidé, au contraire, que la femme était tenue pour le tout commercialement, et cela sur tous ses biens sans qu'il y ait à faire une distinction entre la nue-propriété et la jouissance. Cette distinction n'est nécessaire que si on admet que l'autorisation de la justice est suffisante pour habiliter la femme à faire le commerce et seulement dans ce cas.

Pour les régimes dans lesquels le mari est tenu des obligations commerciales de la femme nous avons décidé qu'il ne l'était que civilement. Il en résulte que le jugement déclaratif de la femme et le dessaisissement qui en est la suite ne l'atteignent pas et que, par conséquent, il reste à la tête de son patrimoine ainsi que de celui de la communauté. Mais le mari a pu mettre certains biens à la disposition de sa femme. Or, que ces biens soient propres ou communs, la femme avait sur eux des droits qui doréna-

vant appartiennent à la masse. Ces biens seront donc compris dans son actif.

Les créanciers du mari n'auront-ils pas alors le droit de produire pour obtenir une partie des deniers provenant de leur aliénation? La question nous paraît devoir être résolue par l'affirmative. Nous avons admis, en effet, que la maison de commerce ne jouissait pas de la personnalité morale. Les biens communs ou propres du mari que celui-ci a mis à la disposition de sa femme y arrivent donc grevés de tout leur passif et ce passif peut s'augmenter par la suite de tous les engagements que le mari a pu contracter sur tous ses biens. Ainsi les créanciers commerciaux auront à subir le concours de ces créanciers en tout ce qui touche cette catégorie de biens. Faut-il en conclure que ces derniers font partie de la masse? Nous ne le pensons pas. En effet, font seuls partie de la masse, les créanciers de la femme, c'est elle qui est déclarée en faillite et non son mari. La seule ressource qui restera aux créanciers de ce dernier sera celle de faire opposition entre les mains du syndic, au payement des deniers provenant des biens en litige. Un ordre spécial devra alors être établi, lorsque la validité de cette saisie-arrêt aura été proclamée.

Nous donnerons la même solution pour les créanciers du mari qui ont traité avec leur débiteur dans l'intérêt du ménage, ils ne pourront produire à la faillite quoiqu'ils aient des droits sur les biens réservés de la femme (tout au moins sous certains régimes). En effet la femme n'est pas leur débitrice.

Il ne pourrait en être autrement que s'ils avaient déjà agi contre la femme devant les tribunaux et avaient obtenu un titre exécutoire contre elle. Ce titre les constituant créan-

ciers de la femme leur donnerait le droit de produire à la faillite.

Il nous reste à étudier les applications des principes que nous venons de poser suivant les régimes matrimoniaux.

A. — Régime de communauté

Sous ce régime entreront dans l'actif de la masse : tous les biens de la femme propres et réservés en pleine propriété et ceux qui ont été mis à sa disposition par le mari.

La masse se divisera en plusieurs catégories :

1° Lorsque la femme ne pourra bénéficier de la loi de 1907, il n'y aura que deux catégories. Celle de ses créanciers commerciaux (1) ayant des droits sur tout l'actif de la masse, auxquels viendront s'adjoindre les créanciers civils de la femme autorisée du mari et celle des créanciers qui n'ont traité qu'avec la femme autorisée de justice et des créanciers antérieurs au mariage dont les créances n'ont pas date certaine qui ne pourront atteindre que la nue-propriété des propres.

2° Lorsque la femme aura été autorisée du mari à faire le commerce et lorsqu'elle pourra bénéficier de la loi de 1907, la masse comprendra trois catégories :

a) La catégorie des créanciers commerciaux, des créanciers civils de la femme autorisée du mari pendant le mariage et des créanciers antérieurs au mariage dont les

1. Nous faisons entrer dans l'expression de « créanciers commerciaux » tous ceux qui peuvent se prévaloir de l'art. 638 C. com. c'est-à-dire tous ceux qui sont titulaires d'une créance contractée pour les besoins du commerce.

créances ont date certaine qui ont des droits sur tous les biens de la femme.

b) La catégorie des créanciers qui n'ont de droits que sur les biens réservés, c'est-à-dire ceux qui n'ont traité qu'avec la femme non autorisée et ce, en dehors de l'intérêt du négoce (1).

c) La catégorie des créanciers qui ont des droits sur les biens réservés et la nue-propriété des propres : créanciers antérieurs au mariage dont les créances n'ont pas date certaine, créanciers de la femme autorisée de justice.

3° Femme autorisée de justice à faire le commerce. La masse comprendra les mêmes catégories que dans le cas précédent mais les créanciers commerciaux changeront de catégorie tout au moins ceux, seulement, qui sont postérieurs au mariage, et qui n'auront des droits que sur les biens réservés et la nue-propriété des propres.

B. — **Régime exclusif de communauté**

L'actif de la masse sera composé comme dans le cas du régime de communauté et il en sera de même des diverses catégories.

C. — **Séparation de biens**

Même composition de la masse et des catégories mais dans la catégorie des créanciers ayant des droits sur tous les biens de la femme rentreront ceux qui ont traité avec la femme non autorisée dans les limites de son administration.

1. Peu importe qu'ils aient traité dans ou hors de l'intérêt du ménage.

D. — Régime dotal

Le régime dotal soulève de grandes difficultés, étant donnée l'inaliénabilité dotale qui frappe certains biens de la femme et qui divise son patrimoine en deux parties très distinctes et très séparées. Alors que les biens dotaux échappent à la généralité des créanciers, ils peuvent être saisis par ceux qui ont traité avec la femme antérieurement à son mariage. Cette situation disparaît-elle lors de la faillite ?

On l'a soutenu en s'appuyant sur le principe d'égalité qui, après la faillite, doit régir les rapports entre tous les créanciers. Quelle que soit l'époque à laquelle ils ont traité, les créanciers auront des droits sur tous les biens de leur débitrice sans qu'ils aient à distinguer entre les biens dotaux et les biens paraphernaux.

Cette opinion nous paraît devoir être repoussée. Il faut choisir lequel du principe de la dotalité et de celui de l'égalité doit fléchir devant l'autre. Nous avons déjà vu que, lors de la faillite de la femme, le principe d'égalité ne pouvait être invoqué que par les créanciers faisant partie de la même catégorie. Il doit en être de même dans la situation actuelle qui nous paraît apporter un nouvel argument en faveur de la théorie que nous avons exposée. En effet, sur quel principe s'appuit-on pour décider que la faillite apporte une exception au principe de la dotalité ? On peut prétendre, il est vrai, que la femme faillie est peu intéressante et qu'il serait scandaleux de voir une femme déclarée en faillite conserver par devers elle quelques-uns de ses biens grâce auxquels elle narguerait ses créanciers et ce, même après la dissolution de son mariage. L'argu-

ment a une certaine valeur, nous ne le nions pas, et peut être utilement employé pour amener une intervention législative, mais il nous paraît insuffisant en l'état actuel des textes pour nous décider à changer d'opinion.

En effet, ce résultat, peut-être immoral, n'a pas arrêté le législateur. Nous avons déjà vu que, antérieurement à la loi de 1907, la femme mariée sous le régime dotal universel pouvait soustraire tous ses biens à ses créanciers postérieurs à son mariage. Le législateur n'avait pas ignoré cette situation, puisque la première idée des auteurs du Code de commerce avait été de supprimer l'inaliénabilité dotale lorsque la femme mariée était commerçante. Cette opinion n'ayant pas été adoptée, on rédigea l'article 7 C. com., de manière que l'inaliénabilité dotale, dûment publiée, puisse continuer à subsister.

De plus, les créanciers qui ont traité avec la femme dotale savaient à quoi ils s'exposaient, ils n'ignoraient pas que leur débitrice était mariée sous le régime dotal, ils avaient pu s'enquérir de la composition de la dot, et ils savaient que les biens dotaux ne pouvaient, dans aucun cas, leur servir de gage. Par conséquent, ils ont commis une faute dont ils devront supporter les conséquences en accordant à la femme un trop grand crédit eu égard aux biens dont elle avait la libre disposition.

Cette faute, les créanciers antérieurs au mariage ne peuvent se la reprocher, ils ont traité avec une femme qui avait la libre disposition de tous ses biens. Considérant que leur gage était suffisant, ils n'ont pas cherché à le réaliser. Plus tard, ayant appris que leur débitrice s'était mariée sous le régime dotal, mais sachant que la dotalité ne leur était pas opposable, ils ont continué à lui faire confiance, estimant que la valeur des biens dotaux sur lesquels aucun nouveau

créancier ne pouvait acquérir des droits, était suffisante pour leur sécurité. Si maintenant, on les obligeait à subir sur ces biens dotaux qu'ils considéraient comme constituant leur gage exclusif, le concours des autres créanciers, ils subiraient un préjudice que rien ne peut justifier.

En conséquence, nous déciderons que les créanciers antérieurs au mariage, pourront produire dans la faillite de leur débitrice et que sur les biens paraphernaux et réservés ils auront à subir le concours des autres créanciers, tandis qu'ils seront seuls à se partager la valeur des biens dotaux (1).

Il existera, toutefois, un moyen pour les créanciers postérieurs d'augmenter leurs droits. La femme étant faillie, peut être incarcérée. Une fois en prison, elle pourra solliciter de la justice, l'autorisation de vendre ses biens dotaux afin de « sortir de prison », article 1558 C. civ. Les deniers provenant de l'aliénation pourront alors être remis au syndic, défalcation faite des deniers employés au payement des créanciers qui ont des droits sur les biens dotaux, pour être versés à l'actif de la masse et partagés entre les autres créanciers. Mais il faut bien remarquer que ni les créanciers ni le syndic n'auront aucun moyen de forcer la femme à recourir à une telle mesure et que si celle-ci s'obstine à préférer rester en prison, sa volonté fera loi.

Sous un tel régime l'actif de la masse doit comprendre tous les biens de la femme et nous y ferons rentrer même les biens dotaux. Cette solution s'impose lorsque la femme exerçait le commerce avant son mariage et nous ne voyons aucune raison pour la modifier lorsque les créanciers

1. Dans le même sens Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 142 (?).

antérieurs au mariage ne sont que des créanciers civils.

Pour étudier la composition de la masse, nous prendrons le cas le plus compliqué, celui où la femme a des biens dotaux, paraphernaux et réservés, les autres cas se déduisant rapidement de celui-là.

Il y aura alors quatre catégories de créanciers :

a) Les créanciers qui auront des droits sur tous les biens de la femme : dotaux, paraphernaux et réservés : créanciers antérieurs au mariage, créanciers pour cause de délit.

b) Créanciers qui ont des droits sur les paraphernaux et les réservés : créanciers commerciaux postérieurs au mariage, ceux qui ont traité avec la femme autorisée du mari ou avec la femme non autorisée mais dans les limites de son administration.

c) Créanciers qui ont des droits sur les biens réservés et la nue-propriété des paraphernaux : ceux qui ont contracté avec la femme autorisée de justice.

d) Créanciers qui ont des droits sur les biens réservés seulement : ceux qui ont traité avec la femme non autorisée en dehors des limites de son administration.

Sous les trois régimes précédents : sans communauté, séparation de biens, dotal, il existe une catégorie de biens qui rentrent dans l'actif de la masse et qui sont le gage que des créanciers commerciaux quoique ne faisant pas partie du patrimoine de la femme. Nous voulons parler des biens mis par le mari à la disposition de son épouse. Nous avons estimé inutile d'en faire une catégorie spéciale sous le régime de communauté parce qu'ils étaient aussi le gage des créanciers civils de la femme autorisée de mari, mais le cas est différent sous les autres régimes. La femme n'a pu les engager que parce qu'ils faisaient partie de son fonds de commerce, elle n'a pu le faire lorsqu'elle a

agi en dehors de l'intérêt de son négoce, alors même qu'elle était autorisée de mari. Il en résulte qu'il faut les considérer comme ne constituant le gage que des créanciers commerciaux qui y subiront le concours des créanciers du mari ayant fait opposition.

§ 4. — CONSTATATION DU PASSIF

Afin de déterminer l'individualité des créanciers qui sont appelés à concourir sur l'actif de la faillite, et de connaître exactement le montant de ce qui est dû à chacun d'eux, le Code de commerce organise une procédure spéciale à la suite de laquelle le montant du passif est rigoureusement fixé. Dans le Code il y a trois périodes successives pour la production, la vérification et l'affirmation. Nous n'insisterons que sur les particularités relatives à la faillite de la femme mariée.

Quels sont les créanciers qui doivent produire ? Tous les créanciers de la femme sans exception. En revanche, aucun des créanciers du mari n'aura à intervenir. Conformément à l'article 491 C. com., chaque créancier devra lors de la production, remettre : 1° son titre ; 2° un bordereau indiquant « les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés ». Ce bordereau permettra au syndic de classer le créancier dans la catégorie à laquelle il appartient (1).

L'article 491 C. com. continuera à s'appliquer pour les délais.

1. Aucune modification n'intervenant en tout ce qui touche les créanciers hypothécaires et privilégiés nous continuerons à renvoyer au droit commun pour ce qui les intéresse.

La vérification sera faite au cours d'une assemblée présidée par le juge-commissaire et à laquelle devront être convoqués tous les créanciers faisant partie de la masse telle que nous l'avons définie. Si personne n'élève de contredit au sujet d'une créance, celle-ci est admise et l'affirmation peut être faite.

Par contre, un contredit peut être élevé par le syndic lui-même, par la femme faillie, par un créancier. Ce contredit pourra porter soit sur la créance elle-même : validité, valeur, etc., soit sur l'étendue du gage auquel le titulaire prétendra avoir droit. Par exemple, le créancier contesté reconnaîtra avoir traité avec la femme non autorisée, mais il soutiendra que l'obligation avait pour cause l'intérêt du négoce et que, par conséquent, son gage s'étend sur tous les biens de la femme, alors que les autres créanciers commerciaux émettront la prétention de faire tomber la présomption de l'article 638 C. com. et d'enlever ainsi à la créance son caractère de commercialité, de sorte que le créancier n'aura des droits que sur les biens réservés. Ou bien la contestation peut porter sur une question de date qui, suivant la solution donnée, augmentera ou diminuera les droits du titulaire de la créance.

La juridiction compétente pour trancher le différend variera selon les cas : 1° si la dette est commerciale et, quelle qu'en soit la nature, si le litige a sa cause dans l'état de faillite, la juridiction consulaire est compétente, et le plus souvent (toujours dans le dernier cas) c'est le tribunal de commerce de la faillite qui doit être saisi ; 2° si la dette est civile, et si la contestation a une cause étrangère à l'état de faillite (question de date, par ex.), c'est la juridiction civile qui est compétente.

En présence de cette contestation, le tribunal de com-

merce pourra ordonner que la réunion de l'assemblée du concordat sera retardée (art. 499) et, dans le cas où le sursis ne sera pas prononcé, le tribunal saisi de la contestation (art. 499, 2e al. et 500, 1er al.) pourra ordonner l'admission provisionnelle du créancier en fixant la catégorie de créanciers dans laquelle ce dernier devra provisoirement être admis.

CHAPITRE IV

DE L'UNION

La faillite de la femme mariée peut être terminée par un jugement de clôture rendu par le tribunal de commerce en vertu de l'article 527 C. com. lorsque l'insuffisance d'actif est constatée. Nous n'insisterons pas sur cette solution de la faillite, malheureusement trop fréquente, mais qui ne présente aucune particularité dans le cas que nous étudions.

La clôture pour insuffisance de l'actif écartée, il reste trois solutions possibles de la faillite : le concordat simple, le concordat par abandon d'actif et l'union. L'union n'étant créée que si les tentatives d'établissement d'un concordat ont échoué, il semblerait logique et rationnel de commencer par l'étude du concordat. Nous suivrons toutefois l'ordre opposé, le concordat à accorder à une femme mariée présentant des difficultés dont la solution ne peut être trouvée que lorsqu'on connaîtra les résultats auxquels on arriverait au cas d'union.

La loi entend par union, la société qui, à défaut de concordat, se continue entre les créanciers faisant partie de la

masse pour parvenir à la réalisation et à la répartition entre eux de l'actif du débiteur. C'est la solution la plus rigoureuse pour le failli puisqu'elle n'implique aucune remise du passif et que les créanciers continueront à pouvoir le poursuivre pour tout ce qui leur restera dû après la distribution, sur les biens qu'il acquerra à l'avenir.

Les opérations de l'union sont de deux sortes : 1° réalisations ; 2° distribution des deniers.

Aucune difficulté particulière n'existera pour les réalisations. Le syndic définitif opérera tous les recouvrements qui n'ont pas encore été faits, il vendra tous les meubles corporels et incorporels, y compris le fonds de commerce. Il pourra faire vendre les immeubles dans les formes exigées par les articles 572 et 573 C. com. Nous déciderons même que, si la femme est dotale et, s'il y a dans la masse des créanciers ayant des droits sur les biens dotaux, le syndic pourra procéder à leur vente en sa qualité de représentant de ces créanciers. Les deniers provenant de ces diverses aliénations devront, conformément à l'article 489 1er al. C. com., être versés à la caisse des dépôts et consignations.

Mais la répartition des deniers soulèvera de graves difficultés étant donné le caractère particulier que nous avons reconnu à la masse de la femme mariée commerçante. Tout d'abord le syndic devra fixer la valeur du gage des divers créanciers et, pour cela, faire procéder à une ventilation lorsque sur un immeuble certains créanciers n'auront des droits que sur la nue-propriété tandis que d'autres auront pour gage la propriété entière. Il devra ensuite établir quels sont les biens réservés, quels sont les biens propres, quels sont les biens dotaux. Ces décisions devront être soumises à l'assemblée des créanciers. Faudra-t-il un

vote formel de cette assemblée pour l'approuver ? Il ne nous semble pas possible d'exiger cette formalité en l'absence de stipulation expresse de la loi. Mais les créanciers qui se prétendraient lésés par le classement des biens faits par le syndic auront le droit d'agir devant la juridiction compétente pour faire trancher la question. Cette juridiction sera, dans tous les cas, le tribunal civil puisqu'il ne s'agira pas d'une action ayant pris naissance dans la faillite.

Ce point établi, comment se fera la répartition ? Dans le cas général, lorsque tous les créanciers de la masse ont des droits égaux, le syndic procède à une simple règle de trois. Soit A l'actif, P le passif, d la valeur de la créance de Primus, le pourcentage revenant à chaque créancier sera $\frac{A}{P}$ o/o et Primus touchera $\frac{A}{P} \times d$ (1). Mais dans le cas actuel le problème ne sera pas aussi simple : si l'égalité existe dans chaque catégorie de créanciers elle n'existe pas entre les diverses catégories.

L'actif de la masse au lieu d'être unique est divisé en une certaine quantité d'actifs qui constituent le gage de chaque catégorie de créanciers. Il importe donc de calculer quel sera le passif correspondant.

Prenons un des cas les plus simples afin de dégager la règle qui devra être suivie :

La femme mariée n'a dans son fonds que des biens propres et des biens réservés valant les premiers 25.000 francs, les seconds 12.000. Il n'y a pas de créanciers n'ayant des droits que sur la nue-propriété des propres. L'absence de biens communs écarte tous les créanciers de la commu-

1. Nous continuons à laisser de côté les créanciers hypothécaires et les créanciers privilégiés.

nauté et nous supposerons de plus qu'aucun créancier du mari dans l'intérêt du ménage, n'a fait d'opposition entre les mains du syndic. Ceci posé, nous admettrons que le passif du fonds est de 38.000 francs et que les créanciers qui n'ont des droits que sur les biens réservés ont une créance de 12.000 francs.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées.

1° On peut songer à déclarer que le syndic doit agir comme s'il se trouvait en présence de deux faillites, ou plutôt de deux unions absolument indépendantes l'une de l'autre et qui doivent être liquidées comme si elles existaient seules :

a) faillite des biens réservés :

actif 10.000
passif . . . . 12.000 + 38.000 = 50.000

chaque créancier touchera donc 20 o/o.

Soit les créanciers n'ayant des droits que sur les biens réservés 2.400 et les créanciers ayant des droits sur le fonds 7.600.

b) faillite des propres :

actif. . . . 25.000
passif . . . 38.000

chaque créancier touchera 74,45 o/o.

En totalisant on arrive à ce résultat que les créanciers n'ayant des droits que sur les biens réservés toucheront 2.400 francs, soit 20 o/o de leur créance, et que les autres créanciers toucheront

7.600 + 25.000 = 32.600, soit 85,78 o/o environ.

Cette opinion nous paraît devoir être rejetée, elle a le tort de considérer les deux patrimoines comme deux enti-

tés distinctes solidaires l'une de l'autre, alors que, malgré les diverses catégories de biens, le patrimoine reste unique.

2° Dans les deux solutions que nous allons exposer, on peut sembler admettre l'unité de patrimoine puisqu'on considère que les créanciers à gage général lorsqu'ils produisent pour la seconde fois doivent défalquer ce qu'ils ont touché lors de la première production mais elles diffèrent quant à l'ordre dans lequel se feront les productions.

On peut songer, en effet, à partager d'abord les biens réservés qui sont ceux sur lesquels la femme avait les plus grands pouvoirs et que, par conséquent, elle a engagés en premier lieu. En reprenant les mêmes chiffres que tout à l'heure on arrivera à ce résultat que les créanciers n'ayant des droits que sur les biens réservés toucheront 20 o/o, soit 2.400 francs. Les autres créanciers se partageront ensuite les autres biens mais en ne produisant que pour 38.000, moins ce qu'ils ont déjà touché, soit 38.000 — 7.600 = 30.400. Dans l'exemple que nous avons choisi, il n'y a aucune différence entre le cas actuel et le cas précédent au point de vue des résultats mais il en serait différemment si sur les biens propres les créanciers devaient subir le concours d'une autre catégorie de créanciers car dans le premier cas ils auraient produit pour 38.000 tandis que dans le cas actuel, ils ne produiront que pour 30.400.

3° On peut songer à soutenir que la femme a d'abord engagé ses biens propres et que les créanciers doivent en premier lieu se partager cette catégorie de biens, les biens réservés n'étant que des biens servant, en quelque sorte, d'appoint subsidiaire.

On fera d'abord le partage des propres ce qui donnera à chaque créancier ayant des droits pour le tout 74,45 o/o, puis sur les biens réservés cette catégorie produira pour

tout ce qui lui reste dû, soit 38.000 — 25.000 = 13.000. Il y aura donc 10.000 francs, valeur des biens réservés, à partager proportionnellement à 12.000 (créances des créanciers qui n'ont des droits que sur les biens réservés) plus 13.000, soit 25.000, ce qui donnera 52 o/o.

Les créanciers qui n'ont des droits que sur les biens réservés toucheront donc 5.200 francs, soit 52 o/o ; quant aux autres, ils auront 4.800 + 25.000 = 29.800, soit 78,444 o/o environ.

Ces deux solutions nous paraissent devoir être rejetées, l'ordre qu'elles établissent est purement arbitraire, de plus elles considèrent trop, malgré qu'elles s'en défendent, chaque patrimoine comme constituant une entité juridique distincte des autres patrimoines.

4° A notre avis la solution doit être cherchée dans un rapprochement avec le seul cas où, dans notre droit, une question analogue peut se poser. Soit un débiteur ayant deux immeubles A et B et trois créanciers hypothécaires Primus ayant une hypothèque générale portant naturellement sur A et sur B, et Secundus et Tertius n'ayant qu'une hypothèque spéciale Secundus sur A et Tertius sur B. Si les deux immeubles sont vendus en même temps on peut se demander comment se règleront les rapports des trois créanciers. La Cour de cassation par un arrêt du 26 décembre 1853 (1) a posé les principes suivants : « Attendu que les créanciers dont les hypothèques portent sur des immeubles différents ne peuvent pas se prévaloir de l'ordre de leurs inscriptions ; que, s'il est dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis,

1. D. 1854. 1. 545, S. 1854. 1. 486 approuvé par Houyvet, p. 385; Planiol, III, 3105.

néanmoins l'effet de l'hypothèque spéciale se restreint à l'immeuble qui en est l'objet et la date des inscriptions ne peut être une cause nécessaire et légale de préférence qu'autant qu'elle porte sur le même immeuble, qu'il suffit donc que l'ordre des incriptions soit observé dans la distribution du prix de chacun des immeubles qui sont grevés. D'où il suit *qu'en répartissant au marc le franc l'hypothèque générale entre les deux immeubles soumis aux hypothèques spéciales* l'arrêt n'a violé aucune loi » (2).

Il résulte de cet arrêt, que, lorsqu'une hypothèque générale grève à la fois deux immeubles soumis à des hypothèques particulières, il faut, d'après la Cour de cassation, répartir l'hypothèque générale sur chacun des immeubles et cela proportionnellement à leur valeur. Si nous prenons un exemple et si nous supposons que l'immeuble A vaut 100.000 francs, l'immeuble B 200.000 et que l'hypothèque générale garantisse une créance de 90.000 francs, on décidera que le créancier titulaire de cette hypothèque produira pour 30.000 francs sur l'immeuble A et pour 60.000 sur l'immeuble B.

Cette solution doit être transportée au cas de faillite. Elle est logique car elle satisfait le bon sens et l'équité et elle nous paraît découler de la loi. En effet, ainsi que nous l'avons fait remarquer à diverses reprises, le patrimoine de la femme, en dépit des différentes catégories de biens qui le composent est unique. Il ne se compose pas de patrimoines solidaires les uns des autres et pouvant être considérés

2. La jurisprudence n'est toutefois pas unanime et d'autres arrêts se sont laissés guider par l'ancienneté relative des hypothèques spéciales. Grenoble, 14 avril 1848, D. 1851. 2. 227, S. 1812. 2. 21 ; Lyon, 24 mai 1850, D. 1855. 2. 177.

comme constituant les masses de faillites distinctes. Le créancier ne doit donc produire qu'une seule fois pour toute sa créance, or cette créance frappera d'autant plus fort chaque partie du patrimoine que cette partie aura plus de valeur, de même que dans le cas normal elle frappera d'autant plus fort chaque bien qu'il aura plus de valeur. Par conséquent, nous déciderons que les créanciers qui auront des gages sur plusieurs catégories de biens, verront leurs créances se diviser proportionnellement à l'actif de chacune des catégories sur laquelle ils ont des droits et qu'ils produiront sur chaque catégorie de biens pour la part y afférente.

Cette théorie étant un peu particulière, nous choisirons un exemple qui nous permettra de nous faire mieux comprendre. Supposons qu'une femme dotale ayant des biens paraphernaux et des biens réservés tombe en faillite. Nous compliquerons l'hypothèse en admettant que son mari a mis à sa disposition pour son commerce une certaine quantité de ses biens propres, constituant avec elle ce que nous avons appelé une association en participation en commandite. L'actif de la masse se composera donc des biens du mari (10.000 fr.), des biens dotaux (50.000 fr.), de la nue-propriété des biens paraphernaux (120.000 fr.), de la jouissance des biens paraphernaux (30.000 fr.), des biens réservés (150.000 fr.) (1).

D'autre part, le passif de la masse sera constitué par les droits des créanciers commerciaux ou civils antérieurs au mariage (360.000), des créanciers commerciaux postérieurs au mariage (155.000), des créanciers qui n'ont des droits que sur les paraphernaux et les réservés (80.000), des

1. *Supra*, p. 360.

créanciers qui n'ont des droits que sur la nue-propriété des paraphernaux et les réservés (30.000) et enfin ceux qui n'ont des droits que sur les biens réservés (50.000). Il faudra de plus tenir compte des créanciers du mari qui auront fait opposition entre les mains du syndic (20.000).

Calculons le passif de chaque catégorie de biens, et, pour cela, recherchons d'abord comment se diviseront les diverses créances. Aucune difficulté pour les créanciers du mari et les créances de la femme qui n'ont des droits que sur les biens réservés, leur créance de 20.000 pour les premiers, de 50.000 pour les seconds frappera chaque catégorie de biens pour la totalité.

La créance de 30.000 francs de ceux qui ont des droits sur la nue-propriété des paraphernaux et les biens réservés, frappe donc un gage d'une valeur de 120.000 francs (nue-propriété des biens paraphernaux) + 150.000 (biens réservés), soit 250.000. Elle se divisera dans la proportion de 120 à 150, ces créanciers produiront pour 13.100 sur les biens paraphernaux et pour 16.900 sur les biens réservés.

La créance de 80.000 au profit des créanciers ayant des gages sur la nue-propriété des biens paraphernaux (120.000), leur jouissance (30.000) et les biens réservés (150.000) leur permettra de produire pour 32.000 sur la nue-propriété, 8.000 sur la jouissance et 40.000 sur les biens réservés (1).

Le même raisonnement nous conduira à décider que les créanciers commerciaux postérieurs au mariage verront leur créance de 155.000 francs se diviser en 5.000 sur les biens du mari, 60.000 sur la nue-propriété des parapher-

1. Car 32 est à 8 et à 40, comme 120 est à 30 et à 150.

naux, 15.000 sur la jouissance des paraphernaux, 75.000 sur les biens réservés.

Enfin les créanciers antérieurs au mariage verront leur créance de 360.000 se diviser en 10.000 sur les biens du mari, 50.000 sur les biens dotaux, 120.000 sur la nue-propriété des propres, 30.000 sur leur jouissance et 150.000 sur les biens réservés.

Les biens du mari auront donc un passif de 35.000 pour un actif de 10.000 et les créanciers qui ont des droits sur ces biens toucheront 28 o/o environ.

Le dividende pour les biens dotaux, actif 50.000, passif 50.000 sera de 100 o/o, pour la nue-propriété des propres (actif 120.000, passif 225.100) 53,2 o/o environ, pour la jouissance des paraphernaux (actif 30.000, passif 53.000), 56,50 o/o environ et pour les biens réservés (actif 15.000, passif 331.900) 45 o/o environ.

Donc les créanciers du mari toucheront 28 o/o sur les biens du mari (valeur 10.000 fr.), soit 5.800 francs ou en tout 28 o/o. Les créanciers qui n'ont des droits que sur les biens réservés toucheront 45 o/o, soit 22.550 francs. Les créanciers qui ont des droits sur la nue-propriété des biens paraphernaux et sur les biens réservés toucheront 53,2 o/o pour 12.000 francs de leur créance sur les biens paraphernaux et 45 o/o pour 18.000, soit en tout 6.384 + 8.200 = 14.584, c'est-à-dire 48,61 o/o de la totalité de leur créance de 30.000 francs. Les créanciers qui ont des droits sur la nue-propriété et la jouissance des biens paraphernaux et les biens réservés toucheront 53,2 o/o pour 32.000 francs de leur créance sur la nue-propriété des paraphernaux, 56,50 o/o pour 8.000 sur la jouissance, 45 o/o pour 40.000 sur les biens réservés, soit 16.026 + 4.475 + 18.000 = 38.499, c'est-à-dire 48,12 o/o

de la totalité de leur créance (80.000 fr.). Les créanciers qui ont des droits sur tous les biens de la masse hormis les dotaux toucheront 28 o/o pour 5.000 francs sur les biens du mari, 53,2 o/o pour 60.000 sur la nue-propriété des biens paraphernaux, 56,50 o/o pour 15.000 sur la jouissance et 45 o/o pour 75.000 sur les biens réservés, soit en tout 1.400 + 31.860 + 8.475 + 33.750 = 75.485 ou 55,15 o/o de la totalité de leur créance (155.000 fr.). Enfin, les créanciers qui ont des droits sur tous les biens toucheront 28 o/o pour 10.000 sur les biens du mari, 100 o/o pour 50.000 sur les biens dotaux, 53,2 o/o pour 120.000 sur la nue-propriété des paraphernaux, 56,50 pour 30.000 sur la jouissance et 45 o/o sur 150.000 sur les biens réservés, soit 2.800 + 50.000 + 63.840 + 17.050 + 67.500 = 201.190 francs ou 55,88 o/o de la totalité de leur créance (360.000 fr.).

Les principes que nous venons de poser nous paraissent devoir comporter une exception. Il peut arriver que, pour une catégorie de biens, le passif soit inférieur à l'actif. C'est ce qui serait arrivé dans l'exemple que nous avons choisi si les créances des créanciers antérieurs au mariage n'avaient été que de 10.000 francs alors qu'ils produisent seuls sur les biens dotaux. Il serait contraire à la logique de décider que, dans ce cas, la femme gardera une partie de ses biens ou que les créanciers qui pouvaient être payés intégralement, iront sur les autres biens, concourir avec les autres créanciers. Dans ces conditions, le syndic commencera par partager cette catégorie de biens entre les créanciers qui y ont droit et ce n'est que s'ils ne sont pas intégralement payés que ces créanciers pourront produire dans le reste de la faillite.

CHAPITRE V

DU CONCORDAT

§ 1. — DU CONCORDAT SIMPLE

On entend par concordat tout arrangement conclu entre un commerçant en état de cessation des payements et ses créanciers. La loi ne prévoit d'autre concordat que celui qui, après la fin de la procédure préparatoire de la faillite, est voté par les créanciers et homologué par la justice dans les formes qu'elle a déterminées. Mais, continuant à n'envisager que la faillite du commerçant dans laquelle tous les créanciers chirographaires ont des droits égaux, le Code a laissé de côté le concordat à accorder à la femme mariée avec les difficultés qu'il soulève.

Conformément à l'article 504 C. com. dans les trois jours qui suivent les délais prescrits pour l'affirmation, le juge-commissaire fera convoquer par le greffier tous les créanciers faisant partie de la masse, c'est-à-dire tous ceux qui ont été vérifiés et ont affirmé au cours de la procédure préparatoire et cela sans distinguer d'après l'étendue de leur

gage. La femme devra aussi assister à l'assemblée présidée par le juge-commissaire.

Après avoir vérifié la qualité des personnes présentes, le juge-commissaire donnera lecture du rapport qui lui aura été remis par le ou les syndics. Ce rapport a pour but principal d'éclairer les créanciers sur les résultats qu'ils obtiendraient en cas d'union, afin de leur permettre de voter en connaissance de cause sur les propositions de la femme. Le syndic devra donc, non pas donner un aperçu du passif et de l'actif globaux mais indiquer approximativement et aussi exactement que possible les actifs et les passifs qui grèvent chaque catégorie de biens et résumer les résultats auxquels il sera arrivé de manière à permettre à chaque créancier de savoir le pourcentage qu'il sera appelé à toucher si le concordat n'est pas accordé à la femme.

Celle-ci prendra alors la parole pour faire ses propositions, une discussion pourra s'engager à la clôture de laquelle le vote aura lieu.

Les propositions de la femme doivent-elles avoir obtenu l'approbation du mari ? Nous répondrons, en principe, par la négative. En effet, les propositions constituent un acte commercial et les engagements pris par la femme le sont « pour les besoins de son commerce », elle peut donc agir seule en vertu du consentement donné par le mari à son commerce (1).

Mais le mari a, à sa disposition, un moyen facile de

1. On ne pourrait objecter que, dans certains cas, tels que celui où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari est intéressé à l'acte puisqu'il bénéficie de ses dispositions. Cette situation rappelle celle du commanditaire dans une société en commandite simple, et il est admis que le commanditaire n'a pas à approuver les propositions faites par ses associés.

remédier à cet état de choses : c'est de révoquer son autorisation et de notifier la révocation au syndic. Dans ce cas, les propositions de la femme devront être approuvées par son époux.

Il résulte de l'article 15 de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire applicable au cas de faillite en vertu de l'article 20 1er al. que, pour être voté, le concordat doit réunir deux majorités : la majorité simple des créanciers comptés par têtes et la majorité des deux tiers du montant du passif. Comment ce vote aura-t-il lieu au cas où la personne faillie est une femme mariée ?

La solution doit être recherchée dans les conséquences des principes que nous avons déjà posés. La maison de commerce, avons-nous dit, tout en ne constituant pas une personne morale ayant une existence propre, forme dans le patrimoine de celui qui est à sa tête une sorte d'universalité juridique ayant une affectation spéciale. Lorsque les affaires n'ont pas procuré des bénéfices et lorsqu'il en résulte un déficit important, un jugement déclaratif de faillite intervient, jugement qui ne peut atteindre directement la maison de commerce, entité non reconnue par la loi, mais qui atteint le commerçant qui est à sa tête. Or, par suite de la confusion qui existe entre le commerçant et sa maison, les créanciers de la maison de commerce ont acquis des droits sur les autres biens du commerçant et réciproquement, les autres créanciers du commerçant ont acquis des droits sur certains biens de la maison de commerce, de sorte que la faillite entraîne l'obligation de partager l'actif de tout le patrimoine entre tous ces créanciers. Mais il ne faut pas oublier que, si une telle situation a pu se créer, c'est dû uniquement à ce fait que la maison de commerce ne peut plus faire face à ses engagements, c'est

donc elle qui est la cause première de la mise en faillite. Il en résulte qu'un premier vote, réunissant les deux majorités que nous avons indiquées, devra être émis par les créanciers commerciaux à l'exclusion des créanciers qui ne sont créanciers que de la femme sans l'être de la maison de commerce ; exceptionnellement doivent être admis à voter concurremment avec eux les créanciers civils de la femme autorisée de mari qui ont les mêmes gages qu'eux. C'est ce vote qui, négatif, décidera sans appel possible, que le concordat ne peut être accordé et positif qu'il est susceptible de l'être.

Cette procédure, du reste, rappelle un peu celle qui est suivie au cas de faillite d'une société en nom collectif : les créanciers sociaux votent seuls d'abord sur les propositions faites par les représentants de la société puis ils se réunissent aux créanciers de chaque associé pour voter sur ses propositions particulières. Mais si le concordat est refusé à la société, rien n'empêche que le contraire ne soit décidé eu égard à un des associés. En effet, on se trouve, dans ce cas en présence de deux faillites distinctes : celle de la société et celle de l'associé. Au contraire, dans le cas que nous envisageons, il n'y a qu'une faillite, celle de la femme. Mais du fait que c'est à cause de la maison de commerce que la faillite a été déclarée, il nous paraît résulter que le refus des créanciers commerciaux d'accorder un concordat empêche toute procédure ultérieure.

Le concordat, une fois accordé, entraîne de plein droit la diminution dans un certain pourcentage de toutes les créances et cette diminution s'impose même aux créanciers qui n'ont pas fait partie de la majorité. Pour que cette décision ne soit pas injuste il faut avoir donné à tous les créanciers atteints par la diminution l'occasion de manifes-

ter leur opinion. C'est pourquoi nous déciderons que le vote des créanciers commerciaux, lorsqu'il sera favorable à la débitrice, c'est-à-dire lorsqu'il admettra le concordat, ne sera pas suffisant pour que ce concordat lui soit désormais acquis. Il faudra, de plus, que d'autres votes soient émis par des assemblées de créanciers à raison d'une assemblée par catégorie de biens. En fait, et pour répondre au vœu de la loi qui exige qu'il n'y ait qu'une assemblée pour discuter les propositions du débiteur, nous avons décidé que tous les créanciers devaient être convoqués. Par conséquent les créanciers civils bien que n'ayant pas participé au vote des créanciers commerciaux, seront présents. Le juge président pourra donc, aussitôt que le résultat du premier vote sera connu et s'il est favorable au concordat, procéder successivement à autant de votes qu'il y aura de catégories de biens. Pourront prendre part à ce vote, tous les créanciers qui auront des droits sur ces biens mais ceux-là seulement. Le calcul de la majorité par tête sera facile, pour celle des deux tiers, il faudra calculer le passif spécial à chacune des catégories de biens en suivant les règles que nous avons indiquées, et chaque créancier figurera non pas pour la valeur totale de sa créance mais pour celle-ci réduite dans les conditions que nous avons exposées pour le cas d'union.

Au cas où tous ces votes successifs seraient tous favorables à l'acceptation du concordat celui-ci sera accordé, dans le cas contraire l'article 509 1er al. devra être appliqué et la délibération sera renvoyée à huitaine. Si lors de la deuxième assemblée on ne peut obtenir un vote favorable de tous les créanciers, le concordat sera refusé et les créanciers se trouveront en état d'union.

Le concordat une fois voté et signé, devra, pour devenir

exécutoire, être homologué. Mais le tribunal de commerce ne va-t-il pas refuser cette homologation en présence de la violation du principe de l'égalité, lorsque la débitrice aura offert un pourcentage différent suivant les catégories des créanciers? Tout ce que nous avons dit proteste contre une telle décision. Le tribunal doit vérifier que dans chaque catégorie de créanciers, l'égalité a été observée ou, en d'autres termes, qu'un créancier quelconque n'a pas obtenu un pourcentage supérieur à celui qui a été accordé à un autre créancier ayant les mêmes droits que lui, mais il en sera autrement lorsque les deux créanciers n'ont pas les mêmes droits. Il est naturel, logique et nullement contraire à la loi que le créancier qui a des droits très étendus touche un pourcentage supérieur à celui qui a des droits beaucoup plus restreints. N'est-ce pas ce qui se passe couramment lorsqu'un créancier hypothécaire n'est pas complètement payé par son hypothèque et qu'il touche pour le surplus le même pourcentage que les créanciers chirographaires? Ne touche-t-il pas sur l'ensemble de sa créance un pourcentage plus élevé que celui des autres créanciers et cela uniquement parce qu'il a des droits que les autres ne possèdent pas?

Les effets du concordat sont identiques au cas général, dans le cas particulier que nous étudions et il en est de même des cas et des effets de la nullité. Nous n'y insisterons donc pas.

§ 2. — DU CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF

Ce concordat présentant une situation intermédiaire entre le concordat simple et l'union, il y aura lieu de lui

appliquer les règles du droit commun sauf dans les cas où nous avons constaté que la qualité de mariée de la femme entraînait des modifications (vote du concordat, distribution des deniers, etc.).

CHAPITRE VI

DES DÉCHÉANCES ATTACHÉES A LA FAILLITE ET DE LA RÉHABILITATION

Dans notre droit, la faillite en elle-même et abstraction faite des circonstances qui peuvent constituer la banqueroute, n'est plus un délit comme sous l'ancien droit. Néanmoins elle implique encore une présomption de faute grave contre le débiteur et elle entraîne pour lui la déchéance de certains droits.

La femme n'ayant aucun droit civique ne peut les perdre, mais elle perd ses droits d'électorat aux tribunaux de commerce, ceux d'électorat et d'éligibilité aux conseils de prud'hommes et sa signature n'est plus admise à la Banque de France même si elle a obtenu un concordat (décret du 16 janvier 1808, art. 50 et 51). Elle ne peut plus porter l'insigne de la Légion d'honneur ni aucun ordre étranger (décrets du 16 mars 1852, art. 39 et du 24 novembre 1852 art. 7).

D'après la loi du 5 août 1899 (art. 1-4° et 7-7°) modifiée par celle du 11 juillet 1900 les bulletins n° 1 et n° 2 de son casier judiciaire mentionnent le jugement déclaratif.

Mais le bulletin n° 3 n'en fait pas mention si elle a été déclarée excusable ou si elle a obtenu un concordat.

Enfin, en vertu de l'article 505 4e al. elle est réhabilitée légalement lorsque dix ans se sont écoulés depuis la déclaration de la faillite. Elle peut aussi être réhabilitée de droit en vertu de l'article 604 1er al. C. com. si elle a payé toutes ses dettes et peut agir devant les tribunaux pour obtenir sa réhabilitation si elle a payé tous les dividendes au cas de concordat ou si elle a obtenu remise entière de ses dettes (art. 605 C. com.).

CHAPITRE VII

DU MARI DE LA FEMME FAILLIE

Lorsque la femme mariée a été déclarée en faillite le mari a des droits à exercer dans la faillite en une double qualité : celle de propriétaire et celle de créancier. D'autre part, il peut subir le contre-coup de la faillite de la femme par suite des stipulations du contrat de mariage, et il peut même être déclaré en faillite s'il s'est immiscé dans les affaires commerciales de sa femme.

Relativement, aux droits du mari le Code de commerce n'a pas édicté les mêmes dérogations au droit commun que celles qu'il a promulguées lorsque c'était le mari qui était déclaré en faillite et pourtant les mêmes considérations auraient dû conduire aux mêmes résultats. Il y aura donc lieu d'examiner si les dispositions du Code de commerce doivent être étendues au cas que nous examinons.

Quant au contre-coup de la faillite de la femme sur le mari, le législateur, continuant à ignorer les difficultés soulevées par la faillite de la femme mariée, ne s'en est pas occupé.

§ 1. — DES REVENDICATIONS DU MARI

Quel que soit le régime matrimonial sous lequel sont mariés les époux, il ne sera pas rare que la femme ait à sa disposition des biens appartenant au mari ou à la communauté. En fait, il pourra arriver que le mari ait autorisé la femme à se servir d'un immeuble commun ou propre à son époux pour les besoins de son commerce si le syndic désire faire entrer cet immeuble dans l'actif de la masse, le mari pourra s'y opposer et reprendre l'immeuble.

Il en sera autrement si le bien contesté est un meuble. Dans ce cas, nous avons admis que, en l'absence d'acte passé entre les époux, les biens mis par le mari à la disposition de sa femme devenaient le gage des créanciers commerciaux de celle-ci, le mari étant alors associé en participation avec son épouse. Les biens contestés rentreront donc dans le passif de la masse dont ils constitueront une catégorie spéciale et leur valeur, lors de la répartition des deniers, contribuera au payement des créanciers commerciaux de la femme et des créanciers du mari qui auront fait opposition entre les mains du syndic (1).

Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les biens meubles n'auront été confiés à la femme qu'à la suite d'un acte écrit, le mari aura le droit de les revendiquer et de les soustraire à l'emprise des créanciers. Mais une telle décision ne facilitera-t-elle pas la fraude entre les époux et la

1. Si on adoptait la théorie que nous avons combattue d'après laquelle la femme doit servir à son mari un intérêt fixe de 6 o/o, il faudrait conclure que le mari, dans tous les cas, doit être assimilé à un prêteur et qu'il doit produire comme créancier à la faillite.

femme prévoyant la faillite ne sera-t-elle pas poussée à antidater un acte afin de soustraire une partie de son actif aux poursuites de ses créanciers ? En présence du silence de la loi, nous déciderons que le droit commun doit s'appliquer et que les créanciers dans la masse qui sont les ayants cause de la femme et qui par conséquent, sont liés par leur débitrice, ne pourront s'opposer aux prétentions du mari que s'ils peuvent prouver la fraude. Il est à remarquer que, pratiquement, cette fraude sera assez facile à prouver. En effet, lorsque des époux passent un acte entre eux pour constater un prêt fait par le mari à sa femme il est à présumer que la femme s'empressera de porter sur ses livres la mention du prêt fait par le mari en ouvrant un compte à celui-ci. De plus, si l'acte porte, ce qui sera alors généralement le cas, que la femme devra verser un intérêt annuel à son époux, on trouvera sur les livres la trace de tels payements. L'absence de toute mention dans la comptabilité de la femme corroborant l'existence d'un tel acte passé avec son mari, constituera une présomption en faveur de la simulation et, par conséquent, de l'inopposabilité de l'acte.

§ 2. — DU MARI CRÉANCIER

Ce que nous venons de dire au sujet des biens meubles dont le mari se prétend propriétaire s'appliquera aussi au cas où le mari se présenterait comme créancier d'une somme d'argent prêtée à sa femme. En l'absence de titre, la prétention du mari sera irrecevable, et, si un titre existe, les créanciers faisant partie de la masse pourront prouver la simulation par tous les moyens. Mais le mari peut aussi

prétendre qu'il a payé une certaine somme à la décharge de sa femme, par exemple, il aura payé, en faisant les réserves d'usage, une dette de sa femme antérieure au mariage mais n'ayant pas date certaine. Cette dette n'étant pas tombée en communauté, le mari n'était pas tenu de procéder au payement. Il y a lieu dans ce cas, de considérer que le mari peut produire dans la masse au lieu et place du créancier payé. Il sera subrogé aux droits de celui-ci et entrera dans la catégorie dans laquelle ce dernier serait entré (1).

§ 3. — DES LIBÉRALITÉS FAITES PAR LA FEMME A SON MARI

Aux termes de l'article 564 C. com. « la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari n'ayant pas alors d'autre profession déterminée sera devenu commerçant dans l'année qui suivra la célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action en raison des avantages portés au contrat de mariage ».

Cet article doit-il s'appliquer en en changeant les termes au cas où c'est la femme qui était commerçante lors du mariage ou qui l'est devenue dans l'année qui a suivi la célébration ? La question présente une grande importance étant donné surtout le système de la jurisprudence qui étend cet article aux donations faites pendant le mariage (2).

Les motifs qui ont inspiré le législateur en édictant cet

1. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la femme a payé une dette du mari, le syndic pourra agir contre le mari débiteur de la masse.
2. Cass., 2 mars 1881, D. 1881. 1. 401.

article paraissent devoir en recommander l'extension. En effet, on peut craindre des fraudes entre les époux. La femme sentant venir la faillite fera avant que la cessation des payements soit arrivée, une donation à son mari afin de soustraire une partie de son actif à ses créanciers. Même si aucune fraude n'a existé, n'est-il pas inadmissible que le mari conserve le bénéfice de ces libéralités au détriment de créanciers qui ne peuvent rentrer dans leur dû ? Selon la formule traditionnelle, on doit préférer ceux qui *certant de damno vitando* à celui *qui certat de lucro captando.*

La solution contraire nous paraît devoir néanmoins s'imposer. L'article 564 C. civ. est exorbitant du droit commun et en conséquence il doit recevoir une stricte interprétation. De plus, le maintien de ces avantages stipulés au profit du mari entraîne beaucoup moins d'inconvénients que la conservation de ceux qui sont constitués à la femme car le mari n'a aucune hypothèque légale sur les biens de la femme pour la sûreté de ces avantages et il ne pourra que se présenter comme simple chirographaire (1). Enfin les créanciers auront toujours la ressource de faire reporter la cessation des payements à une date antérieure à la libéralité afin de pouvoir ensuite la faire annuler.

§ 4. — DES CONSÉQUENCES DE LA FAILLITE DE LA FEMME SUR LE PATRIMOINE DU MARI

Trois situations peuvent être distinguées suivant que le mari avait mis une partie de ses biens dans le commerce de la femme (association en participation) ou suivant que,

1. Ruben, Faillite, n. 998 ; Cabouat, p. 103.

par le jeu des conventions matrimoniales, le mari est tenu à l'égard de certains créanciers civils ou de tous les créanciers commerciaux de son épouse.

1^er^ *cas*. Le mari a mis certains de ses biens à la disposition de sa femme pour son commerce.

Ainsi que nous l'avons vu, ces biens seront compris dans l'actif de la masse et serviront à donner un dividende aux créanciers commerciaux et aux créanciers du mari qui ont fait opposition entre les mains du syndic et enfin, dans le cas de communauté, aux créanciers civils de la femme autorisée de mari. Nous étudierons plus loin les droits des créanciers de la femme. Mais les créanciers du mari qui ont fait opposition n'ayant pas fait partie de la masse car ils n'ont pas traité avec la femme, conserveront leurs droits pour la totalité de ce qui leur restera dû contre le mari même si la femme a obtenu un concordat, défalcation faite de la somme réellement payée.

2^e^ *cas*. Certains créanciers du mari ont produit dans la faillite de la femme et sur les biens de celle-ci.

Cela arrivera pour les créanciers qui ont contracté avec le mari dans l'intérêt du ménage. N'étant pas créanciers de la femme, ils n'ont pas été admis dans la masse. Mais, ayant des droits sur les biens réservés, ils ont participé à la répartition des deniers provenant de la réalisation de ces biens, sous condition toutefois d'avoir fait opposition entre les mains du syndic. Or, ils n'ont pas pris part au vote du concordat. Celui-ci ne leur est pas opposable et ils pourront donc agir contre le mari pour la totalité de ce qui leur restera dû.

3^e^ *cas*. Créanciers civils de la femme qui ont des droits contre le mari mais qui ont traité avec la femme dans l'intérêt du ménage.

La solution sera identique à celle du cas précédent. Ces créanciers sont bien des créanciers de la femme car ils ont traité avec elle, mais, en fait, tout s'est passé comme si elle avait agi comme mandataire du mari. Avant 1907, en effet, en vertu du mandat tacite, ils étaient considérés comme créanciers du mari. La nouvelle loi en augmentant leurs gages n'a pu modifier leurs droits. Ils ont maintenant deux débiteurs solidaires. Ils conserveront donc le droit d'agir pour la totalité de ce qui leur reste dû contre le mari.

4e cas. Autres créanciers de la femme.

La femme, habilitée à faire le commerce a pu, par le jeu des conventions de son contrat de mariage, engager son mari. Ces créanciers auront donc, lorsque leur débitrice sera dans l'incapacité de les payer, le droit de se retourner contre son époux. Des principes que nous avons adoptés, lorsque nous avons étudié les rapports de la femme avec ses créanciers sous le régime de la communauté, nous en avons déduit que le mari n'était tenu que civilement et ne devenait pas commerçant. Sauf dans des cas spéciaux que nous étudierons plus loin, le mari ne pourra donc être déclaré en faillite et les créanciers de la femme devront recourir aux tribunaux civils pour se faire payer par lui.

Lorsque les propositions que la femme aura faites pour obtenir un concordat n'auront pas abouti, l'union existera entre les créanciers qui toucheront un certain dividende qui diminuera le montant de leurs créances. Pour ce qui leur restera dû, ils pourront agir contre le mari et ce, même pendant toute la procédure de la faillite. En effet, la suspension des poursuites individuelles qui les empêche d'agir contre la femme ne touche pas au droit qu'ils possèdent d'agir contre l'époux devant les tribunaux civils. Si cette poursuite aboutit à une saisie immobilière des biens

du mari ou de la communauté il y aura un ordre civil ouvert et ils auront à subir le concours des autres créanciers du mari (1).

La question sera plus délicate lorsque la femme a obtenu un concordat. Si on admettait la doctrine que nous avons repoussée d'après laquelle le mari est tenu commercialement il en résulterait que les créanciers auraient deux débiteurs solidaires : le mari et la femme. L'article 545 C. com. d'après lequel : « Nonobstant le concordat les créanciers conserveront leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli », s'appliquerait de sorte que le mari serait tenu pour le tout, déduction faite de la somme réellement versée par la femme.

Dans la théorie que nous avons adoptée on arrive à la solution opposée. Le mari n'est pas un coobligé de sa femme, de sorte qu'il doit bénéficier des remises qui ont été accordées à cette dernière. Il y a là, en effet, une dette unique qui a rejailli sur le mari uniquement par suite des règles de la communauté.

La jurisprudence a varié sur cette question : au début du XIX^e^ siècle, impressionnée par la doctrine, qui, invoquant les précédents historiques, soutenait la commercialité de l'engagement du mari, elle n'a pas hésité dans le seul cas où elle a été appelée à trancher la question à décider que le mari et la communauté ne bénéficiaient pas du concordat (2).

Mais, plus tard, lorsque la doctrine a commencé à évoluer et que, revenant à une plus exacte appréciation des

1. Rouen, 9 février 1870, S. 1871. 2. 43.

2. Paris, 19 fév. 1845, D. 1845. 4. 89, approuvé par Guillouard, *Cont. de m.*, II, n. 845.

choses elle a vu que la thèse de l'engagement personnel du mari n'avait pas de bases solides dans les textes, la jurisprudence a modifié sa manière de voir et elle a accordé au mari et à la communauté le bénéfice du concordat consenti à la femme (1).

1. Paris, 24 octobre 1911, D. 1912. 2. 51. L'arrêt de 1845 avait été attaqué par Baudry et Surville, I, n. 592 ; Laurent, XXII, n. 71 ; Lyon-Caen et Renault, VII, n. 263. L'arrêt de Paris s'exprime ainsi : « Attendu qu'il doit être tenu pour certain que le sieur H n'a point entendu, par le fait de l'autorisation qu'il donnait à sa femme de faire le commerce, devenir son cocontractant, c'est-à-dire s'obliger de son côté et avec elle, envers ceux avec lesquels elle traiterait pour les affaires de son négoce, qu'il n'est pas possible de le considérer comme un véritable coobligé solidaire, que, si le sieur H, mari commun en biens, est aux termes de l'article 5 C. com., 220 et 1419 C. civ. tenu personnellement du payement des dettes de sa femme, c'est à raison de sa qualité de maître de la communauté et afin qu'il ne puisse en cas de faillite s'enrichir au détriment de celle-ci dont les bénéfices, si le commerce est prospère, profitent à la communauté et à lui-même par contre-coup. »

CHAPITRE VIII

CONFLIT DES DEUX FAILLITES

Il peut arriver que, pendant que la faillite de la femme suit son cours, le mari soit aussi sous le coup d'un jugement déclaratif rendu contre lui.

Cette situation peut avoir plusieurs causes ; tout d'abord, le mari et la femme étant tous les deux à la tête de deux maisons de commerce distinctes et l'un et l'autre ayant fait de mauvaises affaires, leurs créanciers propres peuvent avoir fait prononcer presque simultanément leur mise en faillite.

Les deux époux peuvent aussi avoir constitué une société soit entre eux seuls, soit avec un tiers. Ainsi que nous l'avons vu, la jurisprudence refusant de reconnaître la validité d'une telle société, a toujours refusé de prononcer la faillite personnelle de la femme en lui déniant la qualité de commerçante, lorsqu'elle a été amenée à prononcer celle de la société (1).

Dans la théorie que nous avons admise qui est favorable

1. *Supra*, p. 124.

à la validité, la mise en faillite de la société entraîne *ipso facto* la faillite de tous les associés et notamment celle du mari et de la femme.

Enfin, il peut arriver que le mari, non content d'avoir autorisé sa femme à faire le commerce, se voit immiscé peu à peu dans ses opérations, en se livrant à l'occasion du négoce de son épouse à des actes commerciaux, ces agissements peuvent avoir été tels qu'ils lui ont fait acquérir la qualité de commerçant et, par conséquent, l'ont rendu passible de la faillite. La jurisprudence a eu l'occasion à maintes reprises de trancher cette question et elle l'a toujours fait à l'encontre du mari qu'elle a déclaré failli (1).

Les deux faillites prononcées sont nettement distinctes l'une de l'autre, elles pourront, du reste, dépendre de deux tribunaux différents, lorsque le domicile commercial du mari ne coïncidera pas avec celui de la femme. Il y aura donc deux juges-commissaires, deux syndics (s'il n'y en a qu'un pour chaque faillite) et deux masses de créanciers.

Mais certains de ces créanciers produiront dans les deux masses et chaque syndic produira dans la faillite du conjoint de celui dont il gèrera les intérêts et cela, pour le montant des droits qui appartiennent au failli qu'il représente.

Les droits du syndic du mari dans la faillite de la femme seront réglés comme nous l'avons déjà expliqué, quant à

1. Paris, 12 août 1873, *J. T. C.*, 1874, p. 163 ; Rennes, 18 mars 1879, *J. T. C.*, 1880, p. 314; Req., 21 octobre 1901, S, 1901. 1. 529, D. 1901. 1. 527 ; Rouen, 6 avril 1902, *Gaz. Pal.*, 16 décembre 1902. Ces arrêts admettent, du reste, que la qualité de commerçant, acquise par le mari, à raison de son immixtion dans le commerce de sa femme, n'empêche pas celle-ci de rester elle-même commerçante et ils concluent que les deux époux doivent être mis en faillite.

ceux du syndic de la femme dans la faillite du mari ils sont réglés par le Code de commerce. On peut se demander toutefois s'il ne faudrait pas décider que les droits de la femme doivent être liquidés d'après le droit commun plutôt que d'après les règles moins favorables des articles 557 et suiv. C. com. ? On peut soutenir, en effet, que ces règles ont été conçues dans un esprit de défiance à l'égard de la femme étrangère au commerce de son mari et à qui les dettes du mari sont inopposables. Or ici, sauf dans le cas de faillite simultanée, il s'agit d'une femme non étrangère au commerce de son mari, puisque, lorsqu'il y a eu immixtion de ce dernier, c'est elle qui a, la première, fait du commerce, et que, lorsqu'il y a eu société, le commerce des deux époux est identique et les intéresse à un titre égal. Nous croyons devoir repousser cette opinion en présence des termes formels de la loi qui ne font aucune distinction et ne prévoient aucune exception. L'inconvénient qui peut en résulter ne sera pas très grand car l'article 564 C. com., par une juste réciprocité décide que, dans ce cas, les créanciers du mari ne pourront pas se prévaloir des libéralités faites par la femme à leur débiteur.

CHAPITRE IX

DE LA FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

La société entre époux étant valable, ainsi que nous l'avons décidé, il s'ensuit qu'elle pourra être mise en faillite. La cour d'Agen (1) l'a, du reste, ainsi décidé pour un cas où il n'existait qu'une société de fait entre les époux, aucun contrat stipulant formellement la création de la société n'étant passé entre eux. « La mise en faillite de la femme, dit cet arrêt, peut entraîner celle du mari si..., il a alors existé entre le mari et la femme une société de fait qui a créé des obligations commerciales *et solidaires*, les intérêts des créanciers sont réglés par une seule et même faillite, comme au cas d'une société en nom collectif et non pas par deux faillites distinctes spéciales à chaque époux ». Cet arrêt nous paraît devoir être approuvé lorsqu'il spécifie que la faillite d'une société entre époux doit être liquidée comme celle d'une société en nom collectif mais il nous semble que les expressions qu'il emploie sont

1. 22 mars 1899, D. 99. 2. 474 confirmé par Req. 21 octobre 1901, S. 1901. 1. 520.

inexactes ou tout au moins incomplètes lorsqu'il dit qu'il n'y aura qu'une seule faillite.

En fait, il y aura bien une seule faillite, celle de la société, mais la faillite de la société entraînant celle des associés, il y aura une faillite distincte pour chacun d'eux et notamment pour le mari et pour la femme.

La masse de la faillite de la société se composera exclusivement des créanciers sociaux. Ceux-ci feront aussi partie de la masse de la faillite de la femme et de celle du mari, et ils auront alors pour gage tous leurs patrimoines, mais ils devront subir sur chacun d'eux le concours des créanciers personnels de chacun des époux.

Le concordat accordé à la société devra être accepté après un vote auquel participeront seuls les créanciers sociaux, celui qui sera accordé à chacun des associés ne le sera qu'après un vote de tous les créanciers sociaux et de ses créanciers personnels.

CHAPITRE X

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE ET DE LA BANQUEROUTE

La liquidation judiciaire de la femme mariée ne présente aucune difficulté particulière que nous n'ayons déjà examinée. Nous nous bornerons à renvoyer à ce que nous avons dit sur la faillite pour tout ce qui touche le domicile, la procédure de vérification des créances et le concordat. Comme dans le cas de la faillite, nous déciderons que la femme n'aura pas besoin de l'autorisation du mari pour introduire sa requête auprès du tribunal de commerce. Cette requête constitue sans aucun doute possible un acte commercial — que la femme peut faire seule — bien qu'il soit introductif d'instance judiciaire (loi 13 juillet 1907).

Quant à la banqueroute, les seuls points qui sont spéciaux sont ceux de l'application de l'article 585 C. com. et du payement des dommages-intérêts.

Il résulte de l'article 585 : 1° que la banqueroute peut être déclarée lorsque « les dépenses de la maison sont jugées excessives » cet article s'appliquera-t-il à la femme? L'affirmative nous paraît devoir être admise. Le législateur a voulu punir aussi bien l'abus dans les dépenses de la

maison que dans les dépenses personnelles et ce but serait manqué si la femme pouvait rejeter la faute sur son mari. Du reste, depuis la loi de 1907, les juges auront un élément d'appréciation en examinant les dettes qui grèvent les biens réservés (1).

Enfin, des dommages-intérêts pouvant être prononcés contre la femme, le mari et la communauté seront-ils tenus dans ce cas? L'affirmative s'impose en présence de ce que nous avons décidé pour les délits commis par la femme dans l'exercice de son commerce. En vertu du principe de l'accessoire nous avons estimé que ces délits étaient commerciaux et qu'ils engageaient la communauté. Or la banqueroute est un délit (2) et un délit commis à l'occasion du commerce, il engage donc la communauté (3).

1. Cabouat, p. 242.
2. La banqueroute frauduleuse est même un crime.
3. Troplong, *Cont. mar.*, II, n. 921.

CONCLUSION

Ce qui se dégage de l'étude à laquelle nous venons de nous livrer c'est d'abord, à notre avis, l'extrême complexité de la situation juridique de la femme mariée commerçante. Déjà, l'ancien droit s'en était rendu compte et, dans un but louable mais critiquable, de limpidité et de clarté, il avait fait de la femme marchande publique une sorte de factrice de seconde espèce. Comme la femme factrice proprement dite de son époux, la femme mariée commerçante engageait commercialement son mari qui pouvait être contraint par corps et qui n'avait pas le droit, dans aucun des deux cas, d'opposer un bénéfice de discussion ou un désaveu quelconques. La seule différence dans les deux situations consistait dans l'engagement de la femme : alors qu'au cas de la femme factrice, les créanciers commerciaux n'avaient aucun recours contre elle, il en était autrement dans le cas de la femme mariée commerçante qui était tenue sur tout son patrimoine. Au lieu de n'avoir pour débiteur dans les pays de coutumes que le mari et la communauté, les créanciers de la femme marchande publique possédaient des droits contre le mari, la communauté et la femme. Des règles identiques existaient en

pays de droit écrit et augmentaient le droit de poursuite des créanciers de la femme en leur donnant un gage sur les biens des deux époux.

Le Code civil et le Code de commerce ont compliqué la situation de la femme mariée commerçante en écartant l'engagement commercial du mari tout en continuant à le considérer comme tenu, mais seulement civilement dans certains cas. Désormais la femme est seule commerçante, elle ne peut plus être considérée comme étant, à un titre quelconque, la factrice de son mari. L'exercice d'un commerce lui donne des droits et des pouvoirs considérables qui, sous le régime de la communauté, vont jusqu'à lui permettre d'engager la communauté ainsi que son époux.

Mais la loi du 13 juillet 1907 a rendu la situation à peu près inextricable. Conçue d'abord dans un but de protection des salaires de la femme mariée ouvrière, étendue lors des discussions préparatoires aux économies réalisées sur ces salaires, puis, plus tard, généralisée et appliquée à la femme commerçante, cette loi se ressent de ses origines. Très applicable, peut-être (1), lorsqu'il s'agit seulement pour un des deux époux de saisir-arrêter le salaire de son conjoint ou même lorsqu'une difficulté surgit à l'occasion de l'emploi de ce salaire, la loi de 1907 devient déjà obscure et hérissée de difficultés lorsque la discussion porte sur un bien réservé, que ce soit sur la propriété, sur les droits de la femme ou du mari, ou sur ceux de leurs créanciers respectifs, enfin, elle se présente sous la forme d'une véritable énigme lorsque la femme qui se réclame d'elle

1. Nous employons volontairement cette forme dubitative. Il est certain, en effet, que même dans la partie réservée à la saisie-arrêt, les termes de la loi prêtent à confusion.

est une femme marchande publique. Rien n'est prévu pour ce cas spécial ; on peut même remarquer qu'aucun des articles de la loi ne parle d'une façon expresse de la femme qui fait le commerce. Aussi s'explique-t-on facilement que la pratique n'ait jusqu'ici fait appel que bien rarement à cette loi. Attendue avec la plus grande impatience, réclamée avec énergie depuis près de vingt ans par toutes les sociétés qui s'occupent des droits et du sort de la femme, la nouvelle loi aurait dû être accueillie avec enthousiasme. On aurait pu penser que, dès son apparition, elle allait amener des revirements considérables de la jurisprudence. Or, il n'en a rien été, bien rares sont les décisions qui ont tranché un conflit ayant sa source dans la législation nouvelle et bien plus rares sont celles qui ont été provoquées par une femme commerçante. Faut-il en chercher la cause dans la difficulté d'interprétation de la nouvelle loi ou dans l'ignorance de la pratique ? Il est impossible de le dire. Il nous semble pourtant que l'accroissement du nombre des femmes laborieuses qui se produit actuellement va, par un effet corrélatif, amener une augmentation des litiges qui seront portés devant les tribunaux et que, ceux-ci ainsi appelés à motiver leurs décisions en s'appuyant sur la loi de 1907, ne pourront qu'en constater les imperfections et les antinomies.

En effet, le législateur, pour ne pas sacrifier l'économie générale de nos régimes matrimoniaux, a fait une réforme hybride et bâtarde. Pour ne pas toucher aux règles du régime de la communauté, il a introduit dans ce régime une sorte de dotalité contraire au principe de l'article 2092 C. civ. d'après lequel « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur *tous* ses biens ». Pour améliorer le sort de la femme et lui permet-

tre de conserver ses biens réservés sans avoir à supporter les conséquences de la mauvaise administration du mari, il a donné à ce dernier une situation inférieure à celle de son épouse qui peut dorénavant participer aux conséquences heureuses de la gestion maritale tout en pouvant, si elle le juge nécessaire et utile, empêcher son mari de participer aux conséquences heureuses de sa gestion propre. Sous les autres régimes, des inconvénients et des inconséquences moins graves, peut-être, n'en existent pas moins : désormais, la puissance maritale que le législateur n'a pas eu l'audace d'attaquer de front ne subsiste que sur la personne de la femme et sur une partie de ses biens. Pour le reste, la femme est pleinement capable et le mari doit s'adresser à la justice pour faire respecter son autorité lorsqu'il veut empêcher sa femme de passer un acte qui, autrefois, n'eût possédé aucune valeur.

On peut se demander, dans ces conditions, pourquoi le législateur s'est arrêté dans cette voie, et pourquoi il n'a pas décidé, en remaniant purement et simplement les textes de nos Codes, ce que fatalement il sera amené à décider dans un avenir plus ou moins lointain à savoir que, dorénavant, le régime de la communauté cessera d'être le régime matrimonial normal et qu'il sera remplacé dans cette fonction par le régime de la séparation de biens plus ou moins modifié. Il sera fatalement amené à prendre une telle décision, disons-nous, d'abord par suite de l'expansion des idées féministes qui feront de plus en plus pénétrer dans les esprits l'idée de l'égalité absolue des deux sexes et qui rénoveront notre conception surannée du mariage où le mari pouvait dire à sa femme suivant la parole du Premier Consul : « Madame, vous m'appartenez corps et biens ». Il y sera amené par les réclamations de la

pratique qui, se heurtant chaque jour à des questions à peu près insolubles, demandera une réforme dans le sens de la limpidité et de la clarté. Or, si, en 1907, le législateur, tout en voulant conserver l'autorité maritale, a voulu émanciper la femme mariée, il est à présumer que le législateur de l'avenir ne sera pas arrêté par les mêmes préjugés et qu'il consacrera d'une manière formelle, l'émancipation complète et totale de la femme mariée. Déjà deux propositions de loi ont été déposées dans ce sens devant la Chambre des députés. Elles émanent toutes deux de M. Beauquier. La première du 27 novembre 1906 déclare que « l'incapacité légale de la femme mariée est abolie » (1) ; la deuxième du 7 avril 1908 propose de considérer la séparation de biens comme le régime normal des époux (2).

Il peut toutefois arriver que le législateur considère qu'en l'état actuel des mœurs, des idées, une telle réforme ne soit pas encore mûre et heurte trop les traditions dont nos esprits sont imbus. Il peut, par conséquent, ne vouloir procéder que progressivement et par des étapes successives. Dans ce cas, il nous paraît que la première intervention du législateur doit se faire en faveur de la suppression de l'autorisation maritale ou tout au moins en faveur de l'extension de l'autorisation supplétive de la justice lorsque la femme désire exercer une profession. Il nous paraît, en effet, qu'à l'heure actuelle, lorsque la femme cherche à accroître les ressources du ménage, la disposition de la loi qui permet au mari de prononcer un « Tu ne feras point » dépourvu de tout recours, est aussi surannée que nuisible. Surannée parce qu'elle répond à un état d'esprit qui cesse

1. *J. o.*, 1906, Ch. D. *D. P.* Annexes n. 479.
2. *J. o.*, 1908, Ch. D. *D. P.* Annexes n. 1680.

d'être le nôtre et d'après lequel, la femme continue encore au XX^e^ siècle, à n'être, au moins législativement, que l'humble servante de son mari, nuisible parce que le travail productif de la femme est ainsi empêché au grand préjudice du relèvement de notre pays et aussi parce qu'en présence de l'évolution qui se produit dans les esprits féminins, elle tend à écarter du mariage des femmes éprises de liberté qui tiennent à conserver leur indépendance et qui, ou resteront vieilles filles, ou se résoudront à l'union libre ce qui n'est pas fait ni pour augmenter notre population, ni pour maintenir l'esprit de famille. Sur ce point, du reste, notre législation est nettement en retard sur les législations étrangères. L'Angleterre, le pays du « home », a modifié depuis longtemps sa législation en supprimant la nécessité de l'autorisation maritale. Or, il ne nous paraît pas que cette modification à ses traditions séculaires ait, en quoi que ce soit, diminué la cohésion et l'unité de la famille anglaise. L'Italie vient de suivre cet exemple et elle sera sûrement imitée.

Une autre intervention du pouvoir législatif nous paraît devoir être souhaitée afin de condamner le système jurisprudentiel de la nullité des sociétés entre époux. Il est, en effet, surprenant que la Cour de cassation qui se montre parfois si novatrice, qui sait si bien se plier aux besoins de la pratique et qui si souvent recherche les motifs de ses décisions non dans les dispositions précises du législateur de 1804 mais dans celles qu'il prendrait actuellement s'il avait à légiférer sur la question en litige, il est surprenant disons-nous que la Cour de cassation prononce encore de telles nullités. Un revirement jurisprudentiel paraissant improbable, il est donc nécessaire qu'un remaniement des textes soit fait par le législateur.

En ce qui touche le nom commercial de la femme mariée, au cas de divorce, la jurisprudence paraît être arrivée à une solution qui, tout en sauvegardant les droits du mari, tient compte des intérêts de la femme, ce qui fait que, dans la pratique, des difficultés sont maintenant peu susceptibles de se produire.

En revanche, toutes les questions touchant à l'obligation et à la contribution aux dettes et à la faillite sont, lorsque la femme est commerçante, très délicates et il est très difficile de leur donner une solution. Nous voyons là des sources de procès d'autant plus fréquents que le nombre des femmes mariées commerçantes s'accroîtra. Dans notre étude, nous avons indiqué les solutions que comportent, à notre avis, les différents cas qui peuvent se présenter. On nous objectera peut-être que ces solutions, notamment en ce qui touche la faillite, si elles sont ingénieuses, ne trouvent aucun appui dans les textes. Certes, nous ne prétendons pas que nos solutions s'imposent sans aucune discussion, mais il nous a paru et nous sommes persuadés qu'elles constituent le seul moyen de concilier les différents textes en présence. Ce n'est qu'après mûre réflexion que nous avons opté pour un tel système qui contrevient, nous le reconnaissons, aux principes que l'on appliquait dans le cas général de la faillite. Mais, ainsi que nous l'avons dit, ni le législateur ni les auteurs, n'ont prévu la situation particulière de la faillite de la femme mariée ; or, à une situation particulière, il faut des solutions particulières. L'unité du patrimoine de la femme disparaissant, notamment à la suite de la loi de 1907, et l'article 2092 du C. civ. n'étant plus applicable, il s'ensuit que les règles de la faillite du commerçant qui ont leur source dans cet article 2092 doivent être rejetées. Si l'on veut revenir au

droit commun en cette matière, il n'y a qu'une solution possible : rendre son unité au patrimoine de la femme en enlevant tous pouvoirs au mari sur les biens de son épouse et en donnant à celle-ci des droits égaux sur tous ses biens.

Puisse notre travail contribuer à amener plus rapidement une telle intervention législative et empêcher ainsi tous les procès qui auront leur germe dans l'état chaotique de notre législation sur ce point particulier !

BIBLIOGRAPHIE

HISTORIQUE

Ouvrages anciens

Allard. — Dictionnaire historique et géographique du Dauphiné. Aix, 1684.

Argentré (d'). — Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines. Paris, 1621.

Argon. — Institutions du droit français. Paris, 1692.

Assises de Jérusalem, éd. Beugnot, 1841-1843.

Beaumanoir. — Coutumes de Beauvoisis, éd. Beugnot, 1842.

Berault. — Commentaire sur la coutume de Normandie. Paris, 1776.

Bouvier. — Ordonnances de Louis XIV sur le commerce. Paris, 1767.

Bouhier. — Coutumes du duché de Bourgogne. Dijon, 1742.

Bourjon. — Droit commun de la France. Paris, 1747.

Boutaric. — Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français. Toulouse, 1757

Boutiller. — Somme rurale, éd. Charondas, 1603.

Brillon. — Dictionnaire des arrêts. Paris, 1727.

Catellan. — Arrests remarquables du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1756.

Charondas. — Pandectes. Paris, 1598.

Choppin. — Commentaire sur la coutume de Paris. Paris, 1662.

Coquille (Guy). — Œuvres. Paris, 1624.

Coutume de Bretagne (très ancienne), éd. Planiol, 1896.

Coutumier d'Artois, éd. Tardif, 1883.

Coutumier (grand) de France, éd. Laboulaye et Dareste. Paris, 1868.

Denisart. — Collection des décisions nouvelles. Paris, 1771.

Domat. — Œuvres, éd. Remy. Paris, 1835.

Du Moulin. — Œuvres, éd. Paris, 1681.

Dunod. — Observations sur la coutume de Bourgogne. Besançon, 1756.

Duplessis. — Traité de la communauté. Paris, 1728.

Établissements de Saint-Louis, éd. Viollet, 1881-1886.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.

Ferrière. — Commentaires sur la coutume de Paris. Paris, 1714.

Hartung. — De cura sexus. Thèse. Hambourg, 1791.

Justice et Plet (Livre de), éd. Rapetti, 1850.

Jousse. — Commentaire sur l'ordonnance du commerce de mars 1673 publié par Duplay de la Lura et Become. Paris, 1841.

Lamoignon (Arrêts de M. le Premier Président de). Paris, 1702.

Lebrun. — Traité de la communauté. Paris, 1754.

Lhommeau. — Maximes générales de droit français. Paris, 1666.

Lhoste. — Commentaire sur la coutume de Montargis. Montargis, 1775.

Locré. — Esprit du Code de commerce. Paris, 1807-1813.

— Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1827.

Loisel. — Institutes coutumières, éd. Dupin et Laboulaye, 1846.

Louet. — Recueil de notables arrêts du Parlement de Paris. Paris, 1742.

Loyseau. — Œuvres. Paris, 1666.

Ordonnances des roys de France. Paris, 1723-1849.

Perrier. — Arrêts notables du Parlement de Dijon. Paris, 1735.

Ragneau. — Glossaire de droit français revu, augmenté et corrigé par Eusèbe de Laurière. Paris, 1724.
Renusson. — Traité de la communauté. Paris, 1780.
Roussilhe. — Traité de la dot. Clermont-Ferrand, 1785.
Savary. — Le Parfait négociant. Paris, 1757.
Serres. — Institution au droit français. Paris, 1771.
Straccha. — De mercatura Amsteldami, 1669.
Thaumas de la Thaumassière. — Anciennes et nouvelles Coutumes du Berry. Paris, 1680.
Toubeau. — Institutes du droit consulaire. Bourges, 1700.
Valin. — Commentaire de la coutume de La Rochelle, 1756.
Vedel. — Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1758.

Ouvrages récents

Daremberg, Saglio et Pottier. — Dictionnaire des antiquités grecques et romaines. Paris, 1904.
Esmein. — Principes élémentaires de l'histoire du droit français. Paris, 1912.
Gide. — Etude sur la condition privée de la femme. Paris, 2e éd., 1885.
Ginoulhiac. — Histoire générale du droit français. Paris, 1884.
— Histoire du régime dotal et de la communauté en France. Paris, 1882.
Giry. — Etablissements de Rouen. Paris, 1883.
Glasson. — Rapport sur le concours pour le prix du budget. Paris, 1898.
— Le Code civil et la question ouvrière. Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er semestre.
— Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887-1903.
Gubba. — Delle condizione giuridiche delle donne. Turin, 1880.
Jamont. — Droit des gens dans la coutume de Bretagne. Paris, thèse, 1901.
Laboulaye. — Recherches sur la condition des femmes. Paris, 1843.

Lattes. — Il diritto commerciale nella legislazione statutaria.
Lefebvre. — Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français. Paris, 1900.
Mackenrota. — Geschischte des Handels und Gewerbefrau. Zurich, 1894.
Masse. — Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques, thèse. Paris, 1902.
Siramy. — Etude sur les origines et les caractères de l'autorité maritale, thèse. Paris, 1901.
Tardif. — Droit privé au XIIIe siècle dans les coutumes de Toulouse et de Montpellier.
Viollet. — Histoire du droit civil français, 3e éd. Paris, 1905.

LÉGISLATION ACTUELLE

Ouvrages généraux

Alauzet. — Commentaire du Code de commerce. Paris, 1879.
Arthuys. — Traité des sociétés commerciales. Paris, 1906.
Aubry et Rau. — Cours de droit civil français. Paris, 1868-1878.
Baudry-Lacantinerie et Hourques-Fourcade. — Traité théorique et pratique du Code civil, Des personnes. Paris, 1908.
Baudry-Lacantinerie et Wahl. — Traité théorique et pratique du Code civil. Le louage, la société, les contrats aléatoires. Paris, 1904.
Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Traité théorique et pratique de droit civil. Le contrat de mariage. Paris, 1906,
Bravard-Veyrières et Demangeat. — Manuel de droit commercial, 7e éd. Paris, 1868.
Beslay. — Commentaire du Code de commerce. Paris, 1867.
Beudant. — Cours de droit civil français. Etat et capacité des personnes. Paris, 1896.
Boistel. — Cours de droit commercial, 3e éd. Paris, 1884.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français. Paris, 1919.

Delamarre et Lepoitvin. — Traité théorique et pratique de droit commercial, 2e éd. Paris, 1861.

Delvincourt. — Cours de droit civil. Paris, 1819.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de droit civil. Paris, 1849-1884.

Demolombe. — Cours de droit civil. Paris, 1845-1882.

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil, 4e éd. Paris, 1848.

Fuzier-Hermann. — Répertoire de droit français : contrat de mariage, femme mariée, commerçant.

Guillouard. — Traité du contrat de mariage, 5e éd. Pedone, 1885.

Lacour. — Précis de droit commercial. Paris, 1912.

Laurent. — Principes de droit civil français. Paris, 1869-1878.

Lyon-Caen et Renault. — Manuel de droit commercial, 10e éd. Paris, 1913.

— Traité de droit commercial, 1899-1906.

Malleville. — Analyse raisonnée de la discussion du Code civil. Paris, 1805-1820.

Massé. — Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens, 3e éd. Paris, 1874.

Merlin. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Paris, 1827-1828.

Nougüier. — Traité des actes de commerce. Paris, 1844.

Odier. — Traité du contrat de mariage. Paris, 1847.

Orillard. — Compétence des tribunaux de commerce. Paris, 1855.

Pardessus. — Cours de droit commercial. Paris, 1833.

Perceron. — Droit commercial sous la direction Thaller. Des faillites. Paris, 1913.

Planiol. — Traité élémentaire de droit civil, 7e éd. Paris, 1915.

Renouard. — Faillites et banqueroutes. Paris, 1821.

— Traité du contrat de mariage. Paris, 1847-1869.

Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1906.

Toullier. — Droit civil français suivant l'ordre du Code. Paris, 1843.

Troplong. — Contrat de mariage. Paris, 1857.

Ouvrages particuliers

Benckendorf. — Der Betrieb eines Erwerbgeschäftes durch eine Ehefran. Postdam, 1910.

Bonnier et Larnaudé. — Traité théorique et pratique en droit civil et en droit commercial. Paris, 1888.

Calmels. — Contrefaçon. Paris, 1856.

Cauwès. — Protection économique de la femme mariée. Paris, 1894.

Chardon. — Traité des trois puissances. Paris, 1841.

Charmont. — Le droit et l'esprit démocratique. Paris, 1909.

Colin et Legrand. — Produits du travail dans le mariage. Paris, 1910.

Cubain. — Traité des droits des femmes en matière civile et commerciale. Paris, 1842.

Delangle. — Des Sociétés commerciales. Paris, 1843.

Houpin et Bosvieux. — Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales, 5e éd. Paris, 1918.

Houyvet. — Traité de l'ordre entre les créanciers. Paris, 1859.

Lalou. — Droits de la femme mariée. Paris, 1910.

Lecourtois et Surville. — Loi du 13 juillet 1907. Paris, 1908.

Legris. — Du secret des lettres missives, de leur propriété et de leur production en justice, 2e éd. Paris, 1894.

Margat. — La femme mariée commerçante. Paris, 1913.

Perreau. — Le droit au nom en matière civile. Paris, 1910.

Pouillet. — Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 4e éd. Paris, 1911.

Stuart Mill. — Assujettissement de la femme. Paris, 1876.

Thaller. — Vie juridique du Français. Paris, 1908.

Valéry. — Contrats par correspondance. Paris, 1905.

— Des lettres missives. Paris, 1911.

Articles de Revue

ARTHUYS. — *Revue critique*, 1909. Examen doctrinal.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Revue générale de droit et de jurisprudence*, 1893. Incapacité de la femme mariée.

BERNARD et BONNECASE. — *Revue trimestrielle*, 1910. La femme mariée commerçante d'après la loi de 1907.

BOISTEL. — *Réforme sociale*, 1902. Limites à apporter aux droits du mari.

BRIDEL. — *Revue critique*, 1893. Droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

BUFNOIR. — *Annales de la législation française*, 1893. Notes sur la loi du 6 février 1893.

CABOUAT. — *Lois nouvelles*, 1893. Explication théorique et pratique de la loi de 1893.

CAUWÈS. — *Revue d'économie politique*, 1894. Protection des intérêts économiques de la femme mariée.

CHÉRON. — *Revue trimestrielle*, 1909. Contribution des époux aux charges du ménage.

COSTA (Antonio). — *Rivista del diritto commerciale* anno XII, 1904.

CREVOIZIER. — *Bulletin des Lois*, 1907. Commentaire de la loi sur le libre salaire de la femme mariée.

DEFRENOIS. — *Répertoire pratique du notariat*, 1908. Des droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

DEGOIS. — *Revue critique*, 1908. La constitution générale des biens à venir frappe-t-elle de dotalité les acquisitions à titre onéreux que la femme dotale fait au cours du mariage ?

FRANCK-DEYSOU. — *Journal du notariat*, 1908. Application de la loi de 1907.

GAUDEMET. — *Revue trimestrielle*, 1909. Chronique législative.

GOMBEAUX. — *Annales du droit commercial*, 1907. Les créanciers de la masse en faillite.

GRASSERIE (Raoul de la). — *Lois nouvelles*, 1907. Loi du 13 juillet 1907.

LANNÉ. — *Revue de droit français et étranger.* Effets de la faillite de la Société en nom collectif à l'égard des associés.

LYON-CAEN (Charles). — *Revue critique*, 1884. Faillite.

LYON-CAEN (Léon). — *Annales de législation française*, 1908. Notice et notes sur la loi du 13 juillet 1907.

MAILLARD. — *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, t. XXXVIII, 1892. Propriété des lettres missives.

MESNARD. — *Lois nouvelles*, 1911. Loi du 13 juillet 1907.

PASCAUD. — *Revue politique et parlementaire*, août 1896. Droits de la femme mariée aux produits de son travail.

PERREAU. — *Revue trimestrielle*, 1903. Droit de chaque conjoint sur son nom patronymique et sur celui de son conjoint.

— *Revue critique*, 1902. Contribution à l'étude du nom civil.

PIC. — *Revue trimestrielle*, 1907. Nullité des sociétés pour cause d'incapacité légale et spécialement de la nullité de la société entre époux.

PICHON. — *Revue critique*, 1902. Libre salaire de la femme mariée.

SOURDOIS. — *Revue trimestrielle*, 1907. Droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

THALLER. — *Revue critique*, 1882 et 1883. Des faillites des différents commerçants.

— *Annales de droit commercial*, 1896. Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits.

— *Annales de droit commercial*, 1909. Obstacles opposés à la gestion pour les femmes mariées de leurs gains et salaires.

THOMAS. — *Revue générale du droit*, 1911. La loi de 1907.

TISSIER. — *Bulletin de la Société d'études législatives.* Modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie.

VALÉRY. — *Annales de droit commercial*, 1902. Maison de commerce et fonds de commerce.

— *Annales de droit commercial*, 1907. De la femme commerçante et de la loi de 1907.

Thèses

Abadie. — De la propriété des lettres missives. Toulouse, 1882.
Aftalion. — La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires. Paris, 1897.
— Lois relatives à l'épargne de la femme mariée. Paris, 1898.
Aubéry. — Communauté de biens conjugale. Paris, 1910.
Auschitzky. — Nom commercial. Bordeaux, 1909.
Bessery. — Du nom après le divorce. Toulouse, 1905.
Binet. — La femme dans le ménage. Nancy, 1902.
Boussus. — La loi de 1907. Paris, 1911.
Bressoles. — La femme du commerçant. Paris, 1887.
Breton. — Propriété et inviolabilité des lettres missives. Bordeaux, 1889.
Brunel. — La femme mariée et les charges du ménage. Montpellier, 1910.
Cabaut. — Conséquences juridiques qu'entraîne pour la femme mariée la qualité de commerçante. Caen, 1888.
Ciaudo. — Clause de reprise de la femme mariée commerçante. Paris, 1910.
Coquille. — Droits de la femme sur les biens communs. Paris, 1908.
Damez. — Le libre salaire de la femme mariée et le mouvement féministe. Paris, 1905.
Deschamps. — La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907. Paris, 1909.
Dianu. — Les biens réservés de la femme mariée. Paris, 1913.
Dupré. — Le libre salaire de la femme mariée. Lyon, 1909.
Duret. — Autorisation de justice accordée à la femme mariée. Paris, 1908.
Expert-Besançon. — La femme mariée commerçante. Paris, 1906.
Fayolle. — Situation de la femme mariée relativement à ses gains et salaires. Lyon, 1909.
Feydeau Saint-Christophe. — Emancipation de la femme mariée. Paris, 1909.

FONTAN. — Protection économique des intérêts de la femme mariée. Paris, 1909.

GASTALDI. — Libre salaire de la femme mariée. Paris, 1908.

GOUTTEPAGNON. — La femme mariée commerçante. Caen, 1913.

GUILLOT. — Condition juridique de la femme mariée. Poitiers, 1912.

GUYON. — La femme mariée commerçante. Paris, 1910.

GUYOT. — Activité économique de la femme mariée. Dijon, 1909.

JOSSON. — Gains et salaires de la femme mariée sous le régime de communauté. Lille, 1910.

LACOMPRADE. — Des lettres missives. Paris, 1908.

LAIR. — Etude de droit comparé sur la capacité de la femme. Paris, 1909.

LAUZON. — Biens réservés de la femme mariée. Paris, 1911.

LAVIALLE. — Le nom de la femme mariée. Poitiers, 1910.

LEFEBVRE. — Obligations contractées par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari. Lille, 1909.

LESSEPS. — Droits de la femme mariée sur ses gains et salaires. Paris, 1910.

LÉVY. — Le nom commercial. Paris, 1909.

LYON-CAEN (Léon). — La femme mariée allemande. Paris, 1903.

MAUNOURY. — Nom commercial. Paris, 1894.

MICHAUD. — Contribution des époux aux charges du ménage. Paris, 1911.

MORIDE. — Modifications apportées par la loi de 1907 au régime de la communauté légale. Paris, 1908.

MORIN. — Droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Caen, 1908.

MULOTTE. — Loi de 1907 et les salaires de la femme mariée. Paris, 1909.

PAULY. — Biens réservés de la femme mariée. Bordeaux, 1909.

PERSON. — Des lettres missives. Paris, 1910.

PORTEMER. — Gains et salaires de la femme mariée. Paris, 1909.

ROBET. — Autorisation maritale et de justice. Nantes, 1913.

THOMAS. — Libre salaire de la femme mariée. Paris, 1912.

NOTES DE JURISPRUDENCE

Boullanger . . .	S. 1868. 2. 65.
Boutaud	D. 1906. 1. 369.
Bouvier-Bangillon.	D. 1905. 2. 158.
—	D. 1912. 1. 481.
Buchère	D. 1908. 2. 289.
Cazalens	D. 1871. 1. 5.
Charmont . . .	D. 1908. 1. 224.
Chavegrin . . .	S. 1886. 1. 25.
Colin.	D. 1906. 2. 217.
—	D. 1908. 1. 25.
Cosmas-Dumanoir .	D. 1905. 1. 155.
Hémard	S. 1905. 1. 41.
Labbé.	S. 1884. 2. 21.
—	S. 1890. 1. 49.
Lacointa	S. 1888. 1. 305.
Lacoste	S. 1891. 1. 113.
Lalou.	D. 1909. 2. 175.
—	D. 1910. 2. 281.
—	D. 1915. 2. 41.
Lyon-Caen . . .	S. 1878. 1. 289.
— . . .	S. 1894. 1. 433.
— . . .	D. 1914. 1. 345.
Planiol	D. 1893. 2. 465.
Tissier	S. 1906. 1. 177.
Valéry	D. 1906. 2. 217.
Wahl.	D. 1909. 2. 129.

VU :
Le Président de la thèse,
J. VALÉRY.
Montpellier, 11 décembre 1919.

VU ET APPROUVÉ :
Montpellier, 6 janvier 1920.
L'assesseur faisant fonctions de doyen,
J. VALÉRY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, 10 janvier 1920.
Le Recteur,
COULET

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS 1

HISTORIQUE 11

SECTION I. — La femme mariée commerçante dans les pays de coutumes 14

Chapitre I. — Apparition de la capacité spéciale de la femme mariée commerçante. 14

§ 1. — De la capacité civile de la femme mariée . . 15

§ 2. — De la capacité de la femme mariée commerçante. 17

Chapitre II. — De la femme mariée commerçante après la rédaction des coutumes 21

§ 1. — De l'autorisation 22

§ 2. — Du commerce séparé 23

§ 3. — De la capacité. 25

§ 4. — Des conséquences du commerce de la femme . 30

§ 5. — De la femme séparée commerçante 36

SECTION II. — La femme mariée commerçante dans les pays de droit écrit 39

§ 1. — De l'autorisation 41

§ 2. — De la capacité de la femme commerçante. . . 41

§ 3. — De l'engagement du mari 44

SECTION III. — La femme mariée dans les corporations. . . . 47

Pages

Section IV. — La femme mariée commerçante depuis le Code civil 49

Chapitre I. — Préparation et promulgation des codes civil et de commerce 49

Chapitre II. — Augmentation de la capacité de la femme mariée commerçante depuis la promulgation du Code de commerce 55

PREMIÈRE PARTIE

De la création d'une maison de commerce dirigée par une femme mariée 61

Section I. — La femme mariée est seule à la tête du commerce. 63

Chapitre I. — Du commerce séparé 64

Chapitre II. — De l'autorisation 70

§ 1. — Autorisation du mari 70

§ 2. — Autorisation de la justice 87

Chapitre III. — Des publications à faire par la femme mariée commerçante 98

Chapitre IV. — Du nom de la maison de commerce dirigée par la femme mariée 105

§ 1. — La femme peut-elle faire le commerce sous le nom de son mari ? 105

§ 2. — Conséquences de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps 108

Section II. — La femme n'est pas seule à la tête de la maison de commerce 113

Chapitre I. — Société entre époux 114

§ 1. — Thèse de la nullité 115

§ 2. — Thèse de la validité 118

§ 3. — Caractères et conséquences de la nullité d'après la jurisprudence 122

Chapitre II. — Société avec un tiers 129

DEUXIÈME PARTIE

Pages

De l'exploitation d'une maison de commerce dirigée par une femme mariée 135

Section I. — De la capacité de la femme mariée commerçante . 137

Chapitre I. — De la capacité de contracter de la femme mariée commerçante 138

§ 1. — Capacité de contracter de la femme mariée commerçante avant la loi de 1907 138

§ 2. — Modifications apportées par la loi de 1907 . . 144

Chapitre II. — De la capacité de la femme mariée commerçante d'ester en justice 155

Chapitre III. — Des diverses incapacités de la femme mariée commerçante 162

§ 1. — Incapacités de la femme mariée commerçante dues à sa qualité de femme mariée 162

§ 2. — Incapacités de la femme mariée commerçante à raison de son sexe 166

Chapitre IV. — Capacité de la femme mineure mariée et commerçante 168

Section II. — Des conséquences du commerce de la femme mariée dans les rapports entre époux 171

Chapitre préliminaire. — Des biens réservés de la femme mariée commerçante 172

§ 1. — Du caractère du pécule réservé. 172

§ 2. — Des bénéfices commerciaux, antérieurs au mariage 175

§ 3. — Des bénéfices de la femme mariée commerçante pendant le mariage 177

§ 4. — Des changements qui peuvent se produire dans le patrimoine réservé 191

Chapitre I. — Régime de communauté 194

§ 1. — Propriété des biens réservés. 194

Pages

§ 2. — Propriété des bénéfices et de la plus-value . . 196
§ 3. — Propriété du fonds de commerce 197

Chapitre II. — Du régime exclusif de communauté . . . 199
Chapitre III. — Du régime de la séparation de biens . . 205
Chapitre IV. — Du régime dotal 211

§ 1. — Régime dotal universel 211
§ 2. — Régime dotal avec paraphernaux 214
§ 3. — Régime dotal avec société d'acquêts 215

Section III. — Des conséquences du commerce de la femme mariée commerçante dans ses rapports avec ses créanciers propres ou ceux de son mari 216

Chapitre préliminaire. — Principes et définitions. . . . 218

§ 1. — De l'intérêt du ménage 219
§ 2. — De la preuve de l'intérêt du ménage 223
§ 3. — Des obligations contractées par la femme hors des besoins du ménage et de l'intérêt de son négoce . 226
§ 4. — Les créanciers commerciaux ont-ils un privilège sur les biens qui rentrent dans la composition du fonds de commerce 230

Chapitre I. — Du régime de la communauté 232

§ 1. — Créanciers de la femme 232
§ 2. — Créanciers du mari 252

Chapitre II. — Du régime sans communauté 255

§ 1. — Créanciers de la femme 256
§ 2. — Créanciers du mari 257

Chapitre III. — Du régime de la séparation de biens . . . 260

§ 1. — Créanciers de la femme 260
§ 2. — Créanciers du mari 262

Chapitre IV. — Du régime dotal 266

§ 1. — Régime dotal universel 266
§ 2. — Régime dotal avec paraphernaux 268
§ 3 — Régime dotal avec société d'acquêts 269

Chapitre V. — De la preuve de la consistance des biens réservés 270

Pages

§ 1. — Preuve de la capacité de la femme 270
§ 2. — De la preuve à fournir contre les créanciers du mari ou de la communauté qui n'ont pas traité dans l'intérêt du ménage 276
§ 3. — De la preuve à fournir contre les créanciers du mari qui ont traité dans l'intérêt du ménage . . . 277
§ 4. — De la preuve à l'égard des créanciers de la femme 278

TROISIÈME PARTIE

De la disparition de la maison de commerce dirigée par une femme mariée. 281

Section I. — De la vente de la maison de commerce 283

Chapitre I. — Capacité de disposer du fonds 284
Chapitre II. — Du sort du prix de la vente. 287

Section II. — De la révocation de l'autorisation 289
Section III. — De la dissolution du mariage ou de la survenance d'une séparation de corps entre les époux 297

Chapitre I. — Régime de la communauté 299

§ 1. — De l'acceptation 299

A. — Des conséquences de l'acceptation dans les rapports entre époux 299
B. — Contribution aux dettes 302
C. — Des récompenses 310

§ 2. — De la renonciation 312

A. — Des conséquences de la renonciation dans les rapports entre époux 313
B. — Contribution aux dettes 315
C. — Des récompenses 318

Chapitre II. — Des autres régimes 321
Chapitre III. — Preuve de la consistance des biens réservés à l'encontre du mari ou de ses créanciers 323

Section IV. — De la faillite de la femme mariée commerçante . 325

Chapitre I. — De l'ouverture de la faillite 326

Pages

§ 1. — De la compétence 326
§ 2. — Conditions pour qu'un jugement déclaratif de faillite puisse être rendu contre une femme mariée . 331

Chapitre II. — Effets immédiats de la faillite sur le patrimoine de la débitrice et sur les droits des créanciers . . 337

§ 1. — Effets sur le patrimoine 337
§ 2. — De la période suspecte 342
§ 3. — De la suspension des poursuites individuelles . 345

Chapitre III. — De la procédure préparatoire 347

§ 1. — Du personnel de la faillite 347
§ 2. — De l'administration de l'actif 354
§ 3. — De la masse 355
§ 4. — Constatation du passif 370

Chapitre IV. — De l'union. 373
Chapitre V. — Du concordat 384

§ 1. — Du concordat simple. 389
§ 2. — Du concordat par abandon d'actif 391

Chapitre VI. — Des déchéances attachées à la faillite et de la réhabilitation 393
Chapitre VII. — Du mari de la femme faillie 394

§ 1. — Des revendications du mari. 395
§ 2. — Du mari créancier 396
§ 3. — Des libéralités faites par la femme à son mari . 397
§ 4. — Des conséquences de la faillite de la femme sur le patrimoine du mari. 402

Chapitre VIII. — Du conflit des deux faillites. 405
Chapitre IX. — De la faillite de la société entre époux . . 407
Chapitre X. — De la liquidation judiciaire et de la banqueroute. 409

Conclusion 409
Bibliographie 417
Table des matières. 429

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.

ERRATA

Page 8, ligne 18, *au lieu de :* « autorisées par la loi », *lire :* « prescrites par la loi ».
Page 8, ligne 23, *au lieu de :* « De la destruction », *lire :* « De la disparition ».
Page 12, ligne 10, *au lieu de :* « fœminœ remotœ », *lire :* « feminæ remotæ ».
Page 173, ligne 11, *au lieu de :* « le principe établi par l'article 2092 », *lire :* « les directives découlant de l'article 2092 ».